Die mittelbare Täterschaft und die Absichtsdelikte

Inauguraldissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock.

Vorgelegt von
Joachim-Friedrich Senst
Referendar.

1926.

Buchdruckerei Otto Engelmann, Malchow (Mecklb.)

Die mittelbare Täterschaft und die Absichtsdelikte

Inauguraldissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock.

Vorgelegt von
Joachim-Friedrich Senst
Referendar.

1926.

Referent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Wachenfeld

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literatur-Verzeichnis.

Ackermann	Das dolose Werkzeug, Diss. Heidelberg 1917.
Allfeld	Lehrbuch des deutschen Strafrechts 8. Aufl. Leipzig 1922.
v. Bar	Gesetz und Schuld im Strafrecht, Berlin 1907 Bd. II.
Beling	Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906 (zit. Verbrechen).
"	Grundzüge des Strafrechts, Tübingen 1925 (zit. Grundzüge).
"	Zur Lehre von der Ausführung strafbarer Handlungen, in ZStW 28, 589ff.
"	Begünstigung und Hehlerei, in Vergl. Darst. B. T. 7, 9ff.
"	Der amtliche Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches, in GS 1925, 348.
Binding	Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts Einleitung und Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Leipzig 1897 (zit. Grundriß).
"	Die Normen und ihre Übertretung, 3. Aufl. Leipzig 1916 (zit. Normen).
"	Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: Täter, Verursacher und Gehilfe, in GS 71, 1 ff.
"	Die Formen des verbrecherischen Subjektes, in GS 78, 7ff.

Binding	Das Subjekt des Verbrechens und die Satzungen des Vorentwurfs . . . in GS 76, 87ff.
Birkmeyer	Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts Berlin 1890 (zit. Teilnahme).
"	Teilnahme, in Vergl. Darst. A. T. 2, 145ff.
"	Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht, in GS 37, 257 ff.
Borchert	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, Berlin 1888.
Brandt	Grenzen der mittelbaren Täterschaft, Diss. Erlangen 1916.
Büll	Der Einfluß persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf Täterschaft und Teilnahme, Diss. Rostock.
v. Bülow	Ist die Absicht der Weitergabe einer Sache an einen Dritten als Zueignungsabsicht im Sinne des RStGB anzusehen? Diss. Rostock 1917.
Bumke	Der neue Strafgesetzentwurf in DJZ 1925, 21ff.
Buri	Über Kausalität und deren Verantwortung Leipzig 1873.
"	Die Kausalität, Beilageheft zu GS 37.
Dörr	Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen, Breslau 1897.
Ebermayer	Die Strafrechtsreform, Tübingen 1914.
"	Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, Berlin 1914.

Finger	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1904 (zit. Lehrbuch).
Flegenheimer	Das Problem des „dolosen Werkzeugs", in Abhandlungen 1913 Heft 164.
Frank	Das Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 1901; 15. Aufl. 1924; 16. Aufl. 1925.
„	Die Erpressung, in Vergl. Darst. B. T. 6, 1ff.
Gerland	Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin und Leipzig 1922.
Geyer	Zur Lehre vom Dolus generalis und vom Kausalzusammenhang, in Archiv 1865 S. 231f, 313f.
Geyer	in Holtzendorff's Rechtslexikon, 3. Auflage unter „Täterschaft" (zit. Rechtslexikon).
Glaser	Gesammelte kleinere Schriften I. Bd. Wien 1868 S. 109ff.
Gleispach	Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen Berlin 1905.
Graetzer	Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzelnen Deliktsklassen, Diss. Berlin 1907.
Harburger	Diebstahl und Unterschlagung, in Vergl. Darst. B. T. 6, 183ff.
Hälschner	Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881.
Hellwig	Jugendgerichtsgesetz, Berlin 1923.
v. Helldorff	Die mittelbare Täterschaft und die Verleitung zum Falscheide, Diss. Halle 1895.
Hirsch	Über den Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihilfe, Diss. Tübingen 1881.

Höpfner	Über die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe, in ZStW 26, 579ff.
Kiesow	Jugendgerichtsgesetz, Mannheim 1923.
Köhler	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Leipzig 1917.
Kohler	Studien aus dem Strafrecht I, Mannheim 1890.
"	Der deutsche und österreichische Vorentwurf eines StGB, in Archiv 1909, 292ff.
Lammasch	Handlung und Erfolg, in Grünhut's Zeitschrift Bd. IX (1882) S. 293.
Eduard von Liszt	Vorlesungen über die allgemeinen Lehren des materiellen Strafrechts, Graz 1925.
Franz von Liszt	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 20. Aufl. 1914, 24. Aufl. 1922.
Loening	Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs, in Festgabe für F. v. Gneist, Jena 1888.
Loewenheim	Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht, in Abhandlungen 1897 Heft 9.
Lobe	Der Entwurf eines allgemeinen Strafgesetzbuches, in JW 1925, 883ff.
Majer	Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Diss. Tübingen 1905.
Marezoll	Das gemeine deutsche Kriminalrecht, Leipzig 1847, 2. Aufl.
M. E. Mayer	Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Heidelberg 1916.
"	Versuch und Teilnahme, in „die Reform des RStGB", herausgegeben von Aschrott

und von Liszt, Berlin 1910, Bd. I, S. 331ff (zit. Versuch und Teilnahme).

Meves — Deutsche Strafrechtszeitung 1873 S. 479ff.

Mill — System der deduktiven und induktiven Logik, übersetzt von J. Schiel; 4. deutsche Aufl. Braunschweig 1877, Erster Band, drittes Buch.

Mittermaier — Gutachten über § 300 des StGB, Ergänzung II: Bemerkungen zur sog. mittelbaren Täterschaft, in ZStW 21, 235ff.

Mößmer — Die mittelbare Täterschaft, Diss. München, 1892.

Olshausen — Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl 1901, 10. Aufl. 1916.

Petri — Die mittelbare Täterschaft, in Abhandlungen, 1911 Heft 125.

Reichsstrafgesetzbuch (Leipziger Kommentar) von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, 3. Aufl. 1925.

v. Rohland — Kausalzusammenhang, in Vergl. Darst. A. T. 1.

Rotermund — Kommentar zum MStGB, Hannover 1911.

Sauer — Schließen Diebstahl und Sachbeschädigung sich begrifflich aus? Diss. Halle 1908.

Schütze — Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. Leipzig 1874.

Schwartz — Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, mit Kommentar, Berlin 1914.

Seidlmayer — Strafrechtliche allgemeine Begriffe nach dem Strafgesetzentwurf von 1924/25, Studie; in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1925, S. 222ff.

Träger	Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht Marburg 1904.
Voswinkel	Eine Lücke in den Strafgesetzen, in „Das Recht" 1907 S. 241.
Wach	Der neue Strafgesetzentwurf, Allgemeiner Teil, in DJZ 1925, 529ff.
Wachenfeld	Strafrecht, in Holtzendorff-Kohler's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Berlin 1904 Bd. II S. 235ff. (zit. HH)
"	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München 1914.
"	Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug, in ZStW 40, S. 30ff, 129ff, 321ff.
"	Bemerkungen zu dem allgemeinen Teil des Entwurfs zu einem Strafgesetzbuch von 1919, in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Band 15, 1921/22, S. 73ff.
"	Der allgemeine Teil des Strafgesetzentwurfs von 1925, in Archiv 69, 305ff.
Wuttig	Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen, in Abhandlungen 1902 Heft 40.

Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung, Berlin 1925 (zit. AE).

Entwurf von 1919 nebst Denkschrift (zit. E 19).

Entwurf der Strafrechtskommission 1913, Berlin 1921 (zit. KE).

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, nebst Begründung, Berlin 1911 (zit. GE).

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1909 (zit. VE).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zit. RG), Bd. 3, 5, 6, 12, 15, 16, 20, 31, 36, 39, 42, 44, 46, 47, 48, 49, 56, 57.

Abkürzungen.

GS	Gerichtssaal.
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Archiv	Archiv für Strafrecht und Strafprozeß früher Goltdammer's Archiv.
Abhandlungen	Breslauer strafrechtliche Abhandlungen.
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung.
JW	Juristische Wochenschrift.
Vergl. Darst.	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts.
A. T.	Allgemeiner Teil.
B. T.	Besonderer Teil.

Inhaltsangabe.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Kapitel: Die mittelbare Täterschaft.

§ 2. Die Lehre von der Kausalität und die Schuldfrage 2
§ 3. Der Täter 7
§ 4. Der mittelbare Täter 10
§ 5. Die Unmöglichkeit des dolosen Werkzeuges 17

II. Kapitel: Die Anwendung der mittelbaren Täterschaft auf die Absichtsdelikte.

§ 6. Die Absichtsdelikte und ihre Einteilung 21

1. Die reinen Absichtsdelikte.

§ 7. Der Diebstahl 23
§ 8. Weitere reine Absichtsdelikte 35
a) Die Begünstigung 36
b) Der Arnimsparagraph 37
c) Der betrügerische Bankrott 38
d) Die Urkundenfälschung 39

§ 9. 2. Die qualifizierten Absichtsdelikte.

a) Die echten qualifizierten Absichtsdelikte 41
b) Die unechten qualifizierten Absichtsdelikte 42

III. Kapitel: Ergebnis und die Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch.

§ 10. Ergebnis 45
§ 11. Ausblick de lege ferenda 46

§ 1.

Einleitung.

Der erst in der jüngeren Zeit von der Doktrin aufgestellte Begriff der mittelbaren Täterschaft ist heute in Theorie und Praxis allgemein anerkannt. Verschiedene Autoren z. B. Petri[1]) bemängeln diesen Ausdruck, weil es an einem unmittelbaren Täter fehle; doch wird man nicht umhin können, in irgend einer Weise diese Art der Täterschaft zu bezeichnen, auch wenn man auf dem Standpunkt steht, daß es nur **eine** Art der Alleintäterschaft gibt. Falsch ist der Ausdruck „fingierte Täterschaft"[2]), denn wir haben es mit einem Fall echter Täterschaft zu tun, was die folgenden Betrachtungen zeigen werden.

Dahingegen ist der Umfang dieses Begriffes sehr umstritten. Von der Mehrzahl der Schriftsteller wird unter mittelbare Täterschaft gerechnet die Benutzung eines Schuldunfähigen, sowie eines an sich Schuldfähigen, welcher ohne Schuld in concreto handelt. Äußerst bestritten aber ist erst die Benutzung eines Schuldfähigen, welcher schuldhaft handelt. Hier spricht man von einem dolosen Werkzeug, weil die Mittelsperson vorsätzlich handelt. Man nimmt es in weitestem Umfange an, wenn jemand überhaupt durch einen anderen ein Delikt begehen läßt[3]). Die Mehrzahl von denen, welche das dolose Werkzeug anerkennen, beschränken es aber auf die Fälle, in denen zur Vollendung des deliktischen Tatbestandes noch eine besondere Absicht oder Eigenschaft erforderlich ist. Sie

[1]) a. a. O. S. 16 Anm. 3.
[2]) so Schütze a. a. O. S. 148 N. 3.
[3]) Binding GS 71 S. 9; vgl. auch RG 31 S. 82.

nennen den Mittelsmann, dem diese fehlt, ein „absichtsloses" und ein „nicht qualifiziertes" doloses Werkzeug. Insbesondere die mittelbare Täterschaft bei den Absichtsdelikten soll Gegenstand dieser Abhandlung sein.

Vorerst müssen wir uns über das Wesen der mittelbaren Täterschaft an sich im klaren sein. Um hierzu zu gelangen, müssen wir auf die Grundprobleme des Strafrechts zurückgehen und die Frage stellen nach dem Begriff der Täterschaft und dessen Abgrenzung. Täter ist derjenige, der das Delikt ausführt, was durch einen einzelnen und auch seitens mehrerer geschehen kann.[1]) Erforderlich ist also, daß der Täter handelt und einen strafrechtlich relevanten Erfolg herbeiführt, m. a. W. es muß ein Zusammenhang zwischen der von ihm vorgenommenen Tätigkeit und dem eingetretenen Erfolg bestehen; und diese Tätigkeit muß eine solche sein, daß sie ihm zugerechnet werden kann. Hiermit haben wir die 2 größten Fragenkomplexe des Strafrechts überhaupt angeschnitten: die Lehre von der Kausalität und die Schuldfrage.

I. Kapitel. Die mittelbare Täterschaft.

§ 2.

Die Lehre von der Kausalität und die Schuldfrage.

Beide unterscheiden sich äußerlich dadurch, daß sie vollkommen verschiedenen Lebensgebieten angehören. Der Kausalzusammenhang ist ein Teil der natürlichen Vorgänge,[2]) die Summe von gewissen Erscheinungen der Außenwelt, das Ineinandergreifen von Naturkräften, der äußerliche Zusammenhang zwischen Körperbewegung und Erfolg, während

[1]) Diese Begriffsbestimmung ergibt sich im geltenden Recht aus § 47 StGB, was auch die herrschende Meinung anerkennt; sie liegt auch der Regelung des AE zugrunde, wie sich unten im § 11 zeigen wird.

[2]) Wachenfeld, Lehrbuch, S. 81.

die Schuld sich auf den inneren Menschen, seinen Willen und die davon abhängigen Taten,[1]) also auf etwas bezieht, was der juristischen Betrachtungsweise unterliegt.[2]) Daraus ergibt sich die Forderung, daß Kausalzusammenhang und Schuld streng von einander zu trennen sind, was die herrschende Lehre auch anerkennt.[3])

Die Lehre vom Kausalzusammenhang gehört zu den bestrittensten Gebieten des Strafrechts; sie bildet auch eine Grundlage unserer Arbeit, und wir werden darum unsere Stellungnahme zu ihr kurz darlegen müssen.

Kausalzusammenhang bedeutet Zusammenhang zwischen einem Erfolg und den diesem vorhergehenden Ereignissen. Der Begriff liegt in der Philosophie begründet. Diese lehrt, daß jeder Erfolg auf einer unendlichen Reihe vorhergehender Erfolge beruht und kommt zu dem Resultat, daß „Ursache" eines Erfolges die Summe aller vorhergehenden Bedingungen ist. Dieses Resultat der Philosophie[4]) ist für das Strafrecht nicht anwendbar,[5]) da es besagt, daß alle Bedingungen an Bedeutung einander gleich stehen, alle Ursachen darstellen. Schon das Gesetz aber spricht von Ursache und Bedingung und wird damit etwas verschiedenes andeuten wollen.[6]) Das Ergebnis der auf das Strafrecht angewandten Philosophie wäre rein negativ das, daß nur derjenige wegen eines verbrecherischen Erfolges nicht zur Rechenschaft gezogen werden kann, der keine Bedingung dafür gesetzt hat. „Ein armseliges

[1]) oder besser: auf die Verknüpfung zwischen Tätigkeitswillen und Körperbewegung im Innern des Handelnden.

[2]) Birkmeyer GS 37 S. 258.

[3]) außer den eben zitierten Kohler, Studien, S. 85; Beling, Grundzüge, S. 26.

[4]) John Stuart Mill a. a. O. S. 413/414: es „besteht also die Ursache aus der ganzen Summe der positiven und negativen Bedingungen, aus dem Ganzen von Ereignissen jeder Art, denen die Wirkung unveränderlich folgt, wenn sie realisiert werden."

[5]) So Lammasch a. a. O., S. 283, a. A. Borchert, a. a. O., S. 111.

[6]) Ebenso Birkmeyer, Teilnahme, S. 79; Köhler, a. a. O., S. 190.

Resultat!“ ruft Birkmeyer mit Recht aus.[1]) Trotzdem operieren Buri und seine Anhänger[2]) und in der Praxis das Reichsgericht[3]) mit demselben. Buri erklärt,[4]) daß die Ursache einer Erscheinung, eines Erfolges die ganze Summe der Kräfte sei, welche für die Entstehung der Erscheinung irgend eine Wirksamkeit geäußert haben, und daß jede einzelne dieser Kräfte alle übrigen kausal mache. Wir können uns nicht zu dieser unhaltbaren Lehre bekennen, welche mit Recht von einer großen Anzahl Schriftsteller abgelehnt wird,[5]) und welche auch praktisch zu unmöglichen Resultaten führt; denn da jede Bedingung Ursache ist, und an Wichtigkeit jeder anderen gleich steht, müßte man Anstiftung und Beihilfe als Ursache eines verbrecherischen Erfolges ansehen, was aber mit der akzessorischen Natur dieser beiden Institute im positiven Recht in Widerspruch steht.“[6]) Richtig bemerkt Kohler,[7]) daß das Resultat Buri's richtig wäre, „wenn es sich lediglich um die Frage der Notwendigkeit und Unentbehrlichkeit handelte. Aber nicht alles, was unentbehrlich ist, steht im Organismus des Werdens und des Bewirkens auf gleicher Rangstufe.“ Das zeigt auch folgendes Beispiel[8]): Das Korn auf dem Felde wächst, weil die verschiedensten Bedingungen dazu vorliegen: Säen, Erde, Luft, Wärme, Licht, Feuchtigkeit. Allein das Säen ist Ursache

[1]) GS 37 S. 262

[2]) Geyer a. a. O. 244, 320; Glaser a. a. O. 135; Hälschner a. a. O. § 104; Liszt, Lehrbuch § 29; Gerland a. a. O. 91; Frank § 1 III.

[3]) Rechtspr. III, 641. Hier heißt es fast wörtlich mit Buri: Kausal ist jede Handlung, welche zur Hervorbringung eines bestimmten Erfolges mit wirksam gewesen ist . . . Es genügt, . . . daß ohne dieselbe der eingetretene Erfolg nicht in die Wirklichkeit getreten sein würde. Ähnlich RG **5**, 202; **6**, 249; **7**, 332.

[4]) Über Kausalität usw. S. 1.

[5]) v. Bahr a.a. O. § 2; Binding, Normen I, 115; Allfeldt a. a. O. § 22. III und die eben zitierten.

[6]) Wachenfeld, Lehrbuch S. 87.

[7]) Kohler, Studien I S. 100.

[8]) Wachenfeld, Lehrbuch S. 88 und Kohler, Studien I S. 83.

davon, daß Korn wächst; alles übrige sind gewöhnliche (Werde-) Bedingungen. Allein die Bedingung des Säens entscheidet darüber, ob Korn hervorkommt oder nicht. Sie ist die wichtigste in der Kette der Bedingungen, welche als Erfolg das Korn herbeiführen.[1])

Wir müssen nun das Merkmal suchen, welches typisch diese Bedingung als Ursache kennzeichnet. Das Kriterium wird nun in der verschiedensten Weise gesucht. Gerade in dem gewählten Beispiel finden wir den Hinweis auf die Lösung. Alle vorhandenen Bedingungen zusammen bilden die Kausalkette, welche den Erfolg herbeiführt; die eine Bedingung des Säens hebt sich heraus; allein vom Säen hängt es ab, ob der Erfolg Korn, Bäume oder dergl. ist; das Säen gibt der Kausalkette die entscheidende Richtung. Ursache ist also die der Kausalkette die entscheidende Richtung gebende Bedingung, „die für den Lauf der Dinge bestimmende Kraft".[2])

Wir können im Rahmen dieser Arbeit nicht alle die Theorien, welche Ursache und Bedingung unterscheiden, erörtern; wir können sie nur kurz erwähnen.[3]) Verwandt mit der hier vertretenen Meinung sind die übrigen absoluten Theorien, welche die Ursache in der Natur der wesentlichsten Bedingung — wie wir — erkennen. Hierher gehören insbesondere Birkmeyer (Ursache ist die wirksamste Bedingung) und Binding (Ursache ist die überwiegende Bedingung für den Erfolg). Die relativen Theorien sehen das Wesen der Ursache in einer Beziehung zum Erfolge; hierher gehört die im Zivilrecht herrschende Theorie der adäquaten Verursachung.[4])

[1]) Derselben Ansicht Wachenfeld, a. a. O. S. 90.

[2]) Wachenfeld, Lehrbuch S. 90; Eduard von Liszt a. a. O. S. 69 f.

[3]) Wachenfeld, Lehrbuch S. 88 f ist im übrigen zu vergleichen.

[4]) Träger a. a. O. § 19; Allfeld a. a. O. § 22 III, v. Bar a. a. O. II, 178 ff; Köhler a. a. O. S. 194; Liepmann a. a. O. S. 67 ff, 72.

Die erste Voraussetzung der Täterschaft, auch der mittelbaren Täterschaft, ist die, daß jemand einer zum Erfolg führenden Kausalkette die bestimmende Richtung gibt. Für den Kausalzusammenhang als einen natürlichen Ausschnitt aus der Gesamtheit aller Vorgänge ist es belanglos, ob von der Summe der Bedingungen, die den Erfolg bewirken, eine große Zahl vor oder nach der den Erfolg bedingenden Ursache liegen, wie folgendes Beispiel erläutert:[1]) Beim Erschießen bedingt der Druck des Fingers die Bewegung des Abzugs, diese das Schnappen des Hahnes, daran schließt sich die Explosion des Zündhütchens diese bedingt die Entzündung des Pulvers, die Verwandlung desselben in Gas, Ausdehnung des Gases, Fortbewegung der Kugel usw. Die für die ganze Kausalkette entscheidende Bedingung, die Ursache, ist der Druck des Fingers, alle übrigen nachfolgenden Bedingungen, die, wie die sorgfältige Zerlegung zeigt, eine sehr große Zahl sind, liegen innerhalb der von dem Abdrückenden angebahnten Kausalkette. Ob nun diese Bedingungen sämtlich rein mechanisch durch tote Werkzeuge vor sich gehen, oder ob sie durch werkzeugsgleiche Wesen wie z. B. durch einen Hund bewirkt werden, ist ohne Bedeutung; ebenso liegt aber der Fall, wenn ein unzurechnungsfähiger Mensch als Werkzeug dient. Z. B ist die Vornahme der Hypnose (rein tatsächlich, nicht rechtlich) vollkommen dem Druck auf den Hahn des Revolvers gleichzustellen; die danach kommenden Wirkungen liegen in der natürlichen Reihe von Bedingung zu Bedingung, in der vom Hypnotiseur, resp. vom Schießenden angebahnten Kausalkette. Insofern hat Wuttig[2]) recht, wenn er sagt, daß die Tätigkeit des menschlichen Werkzeuges „als kausales **Zwischenglied**“ auftritt, indem dieses Zwischenglied als eine bloße Werdensbedingung aufzufassen ist, nicht aber als Ur-

[1]) Wuttig a. a. O. S. 43.
[2]) a. a. O. S. 50.

sache, welche der Kausalkette die entscheidende Richtung gibt. — Unter welchen Umständen ein Mensch Werkzeug sein kann, wird später erörtert. —

Daß der Kausalzusammenhang, wie er durch die Tätigkeit eines Menschen als Ursache in die rechtliche Betrachtung gerückt ist, als solcher unterbrochen werden kann, ist anerkannt; und zwar nimmt man eine derartige Unterbrechung an in den Fällen, in denen ein Dritter vorsätzlich in die laufende Kausalkette eingreift und nun seinerseits ihr eine neue entscheidende Richtung gibt, und in den Fällen, in denen ein Naturereignis in die Kausalkette eingreift.[1])

Als zweites allgemeines Merkmal für den Täter hatten wir bereits die Schuld angedeutet; d. h. es ist erforderlich 1., daß der Täter schuldfähig ist, und 2., daß die Tätigkeit, welche Ursache des strafrechtlich relevanten Erfolges ist, ihm auch zugerechnet werden kann. Unter Schuldfähigkeit versteht die herrschende Meinung die Fähigkeit, unerlaubte Handlungen zu denken und zu wollen.[2]) Fehlt diese Fähigkeit, kann von einem Täter in juristischem Sinne nicht die Rede sein.

Die Schuld, ein subjektives Merkmal, bedeutet die Verantwortlichkeit für eine Handlung und erscheint in den Formen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, die uns im einzelnen nicht weiter hier angehen.

§ 3.

Der Täter.

Als wichtigstes Merkmal für den Täter kommt in Betracht, daß er „eine strafbare Handlung ausführt". Hierin liegt die Möglichkeit, festzustellen, wer von mehreren, welche eine Bedingung zu einem Erfolg gesetzt haben, als Täter anzusehen ist. Das Gesetz selbst gibt den Hinweis, indem

[1]) so Wachenfeld, Lehrbuch S. 91; Liszt Lehrbuch § 29 IV Abs. 4.

[2]) so Wachenfeld a. a. O. S. 136; ähnlich Frank, § 51 I; Liszt a. a. O. § 36 I; Allfeld a. a. O. § 29.

es auf die Ausführung, also ein objektives Merkmal, Gewicht legt. Trotzdem legt die subjektive Theorie, welche ihre große Bedeutung durch das sie anwendende Reichsgericht gefunden hat, allein Wert auf die Willensrichtung des Handelnden. Täter ist nach ihr, wer den animus auctoris hat. Allein der Dolus ist ihr dafür maßgeblich, ob jemand Täter oder Teilnehmer ist. Hierher verlegt also die subjektive Theorie den Unterschied zwischen Täter und Teilnehmer. Die Unhaltbarkeit dieser Lehre ist von den bedeutendsten Lehrern dargelegt.[1]) Diese Theorie, welche in ihrer reinsten Form dahin führt, daß Täter nicht ist, wer im Interesse eines anderen stiehlt, der zu Hause sitzt, sondern dieser letztere selbst, wenn er nur den animus auctoris hat, wird vom Reichsgericht in der Abschwächung vertreten, daß zu dem animus auctoris irgend eine Tätigkeit hinzutritt, ohne daß diese eine Ausführungshandlung zu sein braucht. Die Inkonsequenz auch dieses vermittelnden Standpunktes ergibt sich daraus, daß der Gehilfe, welcher den animus socii hat, für eine fremde Tat gestraft wird, während man Strafe nur für eignes Verbrechen erleiden kann. Somit ergibt sich, daß, wer nicht an der Ausführungshandlung teilgenommen hat, kein Täter sein kann, sondern höchstens Anstifter und Gehilfe. Die subjektive Theorie steht offenbar mit dem positiven Recht in Widerspruch; hier befriedigt allein die objektive.

Für sie ist wesentlich, daß außer Kausalzusammenhang und Verschulden der Täter an der Ausführungshandlung beteiligt gewesen sein muß. „Die Begehung entscheidet" darüber, wer Täter ist.[2]) Wer hingegen in anderer Weise die Haupttat unterstützt, ist nur als Teilnehmer anzusehen.

[1]) Frank 1. Teil, 3. Abschnitt, Wachenfeld a. a. O. S. 200f; Birkmeyer, Teilnahme 96ff, 122; Liszt a. a. O. § 50 III; Allfeld a. a. O. § 38 Anm. 11; Finger a. a. O. S. 339.

[2]) so Wachenfeld in Archiv für Rechtsphilosophie 5,337, und Beling, Grundzüge 92f, so auch der AE in seiner Begründung S. 25 („Täter ist, wer schuldhaft eine strafbare Handlung ausführt.")

Das entspricht auch dem Wortlaut des § 47 StGB. Wir haben hiermit auch den wahren Unterschied zwischen Täter und Teilnehmer: der Täter schafft die Ursache zum Erfolg, der Teilnehmer setzt nur eine Bedingung: Teilnahme nach der subjektiven Seite des Verbrechens als Mitwirkung zu der Entschlußbildung ist Anstiftung,[1]) nach der objektiven Seite als Mitwirkung bei der Ausführung ist Beihilfe; beides erfordert schuldhafte Mitwirkung an der Tat des Täters, ohne jedoch die Merkmale des Verbrechens selbst zu erfüllen.

Es ist nun auch möglich, daß alle Merkmale der verbrecherischen Tätigkeit bei mehreren zutreffen; sie alle wirken bei der Ausführung mit. Man spricht dann von Mehrtäterschaft, welche in die Mittäterschaft, bei welcher die einzelnen aufeinander rechnen, und in die Nebentäterschaft, wo die einzelnen nicht miteinander rechnen, zerfällt.

Hiermit sind alle Formen der Strafbarkeit erschöpft. Hier ist zu bemerken, daß eine Stellvertretung im Strafrecht auf das Schärfste abzulehnen ist, [denn Täter ist, wer eine strafbare Handlung ausführt].[2]) In den Fällen, in denen das Gesetz ein Begehen dem Begehenlassen der Tat gleich stellt, z. B. §§ 340ff StGB, liegt keine Stellvertretung vor, sondern der Auftraggeber wird in diesen wenigen Spezialvorschriften als Täter behandelt. Im Gegensatz hierzu ist Borchert der Ansicht,[3]) daß die mittelbare Täterschaft ein Fall der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Handlungen eines Dritten sei. Wir haben aber bereits nachgewiesen, daß bei der mittelbaren Täterschaft Kausalzusammenhang, Schuld,

[1]) so besonders Wachenfeld in HH S. 274.

[2]) Vgl. v. Bülow a. a. O. S. 18 gegen Binding, Grundriß § 65, II, welcher ausführt, daß der mittelbare Täter auffordere, daß ein anderer in seinem Namen handele. „Im Namen eines anderen ein Delikt zu begehen, verbietet aber die vom Zivilrecht verschiedene Natur des Strafrechts" führt hiergegen Wachenfeld ZStW 40, 145 mit Recht an.

[3]) a. a. O. S. 23f.

kurz alle Merkmale eines Täters vorliegen; die Ansicht von Borchert ist auch deshalb verfehlt, weil das Strafrecht nur für eignes Handeln, nie für fremdes Tun straft.[1])

§ 4.

Der mittelbare Täter.

Die Begriffsbestimmung der Täterschaft ergibt sich aus § 47 StGB. Dahingegen spricht das StGB an keiner Stelle von der mittelbaren Täterschaft. Die Formen der Strafbarkeit hatten wir im vorigen § dargestellt; unter ihnen befand sich nicht die mittelbare Täterschaft. Hieraus ergibt sich u. E., daß die mittelbare Täterschaft vom Gesetzgeber als eine Form der Täterschaft angesehen worden ist. Sie „hört als Erscheinungsform der Täterschaft da auf, wo diese aufhört".[2]) Um die mittelbare Täterschaft zu erkennen, bedarf es also keiner besonderen Merkmale als der der Täterschaft. Doch ist diese Ansicht bestritten. Man versucht, die mittelbare Täterschaft von anderen Gesichtspunkten aus klarzustellen.

Die in der Praxis herrschende Ansicht ist die des Reichsgerichts, welche der subjektiven Teilnahmetheorie sehr nahe kommt. Mittelbarer Täter ist, wer den animus auctoris hat, denn die Mittelsperson will lediglich Mittler sein. Die Inkonsequenz ergibt sich auch hier ohne weiteres. Nach dem Leipziger Kommentar, der in dieser Hinsicht die Ansicht des RG. vertritt, ist es möglich,[3]) daß jemand sich mit seiner Kraft derart einem Dritten zur Verfügung stellt, daß dieser die Herrschaft über sie erhält, die Ausführung sich nunmehr nach dem Willen des Dritten richtet; dieses Indienststellen eigner Tätigkeit zur Verfügung eines anderen nach dessen Willen soll stattfinden, sowohl wenn der Dienende

[1]) So Wachenfeld ZStW 40. 39, Helldorff a. a. O. S. 22; Petri a. a. O. S. 14; Flegenheimer a. a. O. S. 39.

[2]) so Brandt a. a. O. S. 61.

[3]) Einleitung IX. 4. b, S. 38.

erst vom anderen zur Ausführung der Tat bestimmt worden ist, als auch wenn er schon vorher entschlossen war, sie zu begehen, nur muß er den Täterwillen aufgeben. Man konstruiert hier eben derart, daß in dem Hintermann die subjektiven Merkmale, im Vordermann dagegen die objektiven zutreffen und fingiert, daß die Handlung des Vordermannes die Handlung des Hintermannes sei. Die Folge hiervon ist:

1. daß die eine Handlung der Mittelsperson 2 Mal verwertet wird, nämlich a) zur Konstruktion der mittelbaren Täterschaft, indem Vermittler Werkzeug ist, und b) zur Konstruktion einer Beihilfe, indem meistens der Dienende durch seine Tat die verbrecherische des Hintermannes bewußt unterstützt, insoweit Gehülfe ist. Das ist verfehlt; denn wie Beling richtig bemerkt,[1]) ist es unmöglich, daß „eine und dieselbe Tat in der Summe ihrer konkreten Merkmale nicht zugleich der Täterschaft und der Beihilfe unterstellt werden kann, sodaß sie restlos Täterschaft und ebenso restlos Beihilfe zu derselben Tat wäre." Zudem darf das Strafrecht nicht mit Fiktionen arbeiten,[2]) und weiter wird man nur für eignes Tun gestraft, nicht aber wie hier der Hintermann für fremdes, für das der Mittelsperson.[3])

2. Ein Grund zur Ablehnung ist, daß sich jemand exculpieren kann, wenn er im Interesse eines anderen gehandelt hat; in der äußersten Konsequenz wird ein Dieb nicht gestraft, wenn er im Interesse eines nichts ahnenden Dritten handelt[4]) oder zu handeln vorgibt, ohne daß ihm dieses widerlegt werden könnte.

Es wird z. vom RG, ähnlich wie oben die Beihilfe, der Begriff der Anstiftung unklar, denn wenn jemand einen

[1]) ZStW 28, 592.

[2]) Der Grund hierfür ist, daß das Strafrecht die materielle, objektive Wahrheit zu erforschen hat, anders als das Zivilrecht, das nur die formelle erforscht. Vgl. Wachenfeld in ZStW 40, 143 f.

[3]) Vgl. S. 9 der Arbeit.

[4]) Diesen Ablehnungsgrund macht mit Recht Wachenfeld ZStW 40, 35 geltend.

anderen zur Verübung der Tat bestimmt, so ist er nur so lange Anstifter, als der andere den Willen, Täter zu sein, nicht aufgibt. Maßgebend ist also **lediglich,** ob der Angestiftete den animus auctoris ebenfalls besitzt — dann ist er selbst der Täter —, oder ob er ihn nicht besitzt oder besitzen will — dann ist der „Anstifter" der Täter. Ein rein subjektives Moment gibt also den Ausschlag für Täterschaft und Teilnahme.

4. Eine weitere Folge wäre, daß in Abhängigkeitsverhältnissen überhaupt jede Verantwortlichkeit zu leugnen wäre, denn jede Handlung im Dienst für den anderen wäre gerechtfertigt, z. B. im Militär-, Beamten-, Dienst- und anderen Verhältnissen. Damit steht aber das positive Recht im Widerspruch, denn einen absolut bindenden Befehl gibt es nicht. Der Beamte ist z. B. nach § 10 Reichsbeamtengesetz zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit der ihm übertragenen Angelegenheiten verpflichtet. Nur eine Ausnahme besteht: der Soldat schuldet im Interesse der Disziplin unbedingten Gehorsam, er ist insofern Werkzeug des befehlenden Vorgesetzten.[1]) Jedoch besteht auch hier die Einschränkung, daß den Untergebenen selbst die Verantwortung trifft, wenn bei einem Befehl in Dienstsachen, aber nur wenn es sich um ein Verbrechen oder Vergehen handelt, er den rechtsverletzenden Charakter erkennt, d. h. auch hier ist bei Uebertretungen die Rechtswidrigkeit stets ausgeschlossen, der ausführende Soldat also Werkzeug.[2])

Somit ist die subjektive Theorie abzulehnen. Aber auch die objektive führt noch nicht zu voll befriedigenden Ergebnissen. Einer ihrer hervorragendsten Vertreter, Flegenheimer,[3]) der sich an Beling anschließt, geht bei der Konstruktion der mittelbaren Täterschaft von dem Unterschied zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft aus und gelangt dazu,

[1]) Vgl. Rotermund a. a. O. § 47 Anm. 5.
[2]) so auch Wachenfeld, Lehrbuch S. 133.
[3]) a. a. O. S. 41 f.

daß das Hervorrufen des Verbrechensentschlusses in dem Werkzeug des mittelbaren Täters einen erhöhten Gefahrzustand gegenüber dem im Angestifteten bewirke, da die Wahrscheinlichkeit, daß die bestimmte Person den Weg des Verbrechens beschreiten werde, hier eine viel größere sei als bei der Anstiftung.

Wir haben oben beim Kausalzusammenhang nachgewiesen, daß die Tätigkeit des menschlichen Werkzeuges einer mechanischen Tätigkeit in ihrer Wirkung gleich zu stellen ist. Der mittelbare Täter ist direkt durch das Werkzeug tätig geworden. Wir können nun folgende Stufen in der Entwicklung auf den Erfolg hin unterscheiden: 1. Der Entschluß wird — als innerer Vorgang — gefaßt; 2. Die Vorbereitungen zur Ausführung des Entschlusses werden getroffen; 3. Die Ausführung des Entschlusses wird vorgenommen. Zwischen 1 und 2 kann als Zwischenstufe 1a treten: die Mitteilung des Entschlusses an einen voll zurechnungsfähigen Dritten zum Zwecke, daß dieser den geplanten und mitgeteilten Entschluß ausführt. Nun aber ergibt sich für den Flegenheimer'schen Vergleich von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung folgendes:

a) Bei Anstiftung liegt vor 1. Entschlußfassung, 1a Mitteilung, 2. Vorbereitung und 3. Ausführung durch den Dritten. Kausal gesehen will der Anstifter A nicht die Handlung selbst ausführen, sondern wünscht, daß es durch B geschieht. Die Kausalkette, die A anregt, soll und wird durch die vorsätzliche Handlung des B unterbrochen;

b) Bei mittelbarer Täterschaft liegt vor 1. Entschlußfassung, 2. Vorbereitung, 3. Ausführung. Das Einwirken auf das Werkzeug ist die der Kausalkette die entscheidende Richtung gebende Bedingung, die Ursache; die Kette wird nirgends unterbrochen. — Hier mag bemerkt werden, daß das Einwirken nur eine strafrechtlich irrelevante Vorbereitungshandlung ist, denn die Ausführungshandlung eines Deliktes beginnt erst mit Vornahme der vom Gesetz unter

Strafe gestellten verbrecherischen Tätigkeit.[1]) Nun aber beherrschte allein der mittelbare Täter die durch ihn gesetzte Kausalkette, wenn auch die Ursache bereits früher durch ihn gesetzt ist.[2]) Die Folge hiervon ist, daß von Versuch bei der mittelbaren Täterschaft erst gesprochen werden kann, wenn das Werkzeug eine Ausführungshandlung vornimmt, die ja in der vom mittelbaren Täter beherrschten Kausalkette liegt. Es ist analog, als ob ein Hund abgerichtet wird — Vorbereitung — und sodann die Wurst aus dem Laden holt — faktische Ausführung —.

Richtige Vergleiche kann man nun bei verschiedenen Vorgängen nur in entsprechend gleichen Momenten ziehen; es ergibt sich, daß der Vergleich Flegenheimer's völlig verfehlt ist, denn er vergleicht zwei verschieden gelagerte Momente: die Vorbereitung bei der mittelbaren Täterschaft mit der im Falle der Anstiftung davor liegenden Stufe der Mitteilung. Dieses Resultat ist dasselbe, als ob man sagt, Versuch und Vollendung unterscheiden sich dadurch, daß die Vollendung den Tatbestand eines Deliktes voll erfüllt. Der Schluß, den Flegenheimer zieht, der graduelle Unterschied, den er findet, ist richtig, nur betrifft er 2 nacheinander folgende Stufen in der Entwicklung auf den Erfolg hin! Somit können wir mit Recht Flegenheimer und den unrichtigen Ausgangspunkt - Unterschied zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung — ablehnen.

Die Unrichtigkeit der Flegenheimer'schen Ansicht ergibt sich weiter aus folgendem: er behauptet, in beiden Fällen sei der Entschluß des Täters bereits in die Außenwelt gedrungen. Aber gerade hier zeigt sich die Unrichtigkeit des Ausgangspunktes, denn der Benutzte beim mittelbaren

[1]) A. A. Löning, a. a. O. S. 272, der als Anfang der Ausführung bereits die Anregung des mittelbaren Täters ansieht.

[2]) Mit Recht weist Wachenfeld Z St W 40, 140 hier auf die ähnlich gelagerten Fälle der **actiones liberae in causa** hin; ebenso Petri a. a. O. S. 17 f.

Täter ist reines Werkzeug; wenn der mittelbare Täter auf das Werkzeug einzuwirken beginnt, beginnt er lediglich die tatsächliche Vorbereitung in die Wege zu leiten. Es ist aber damit, daß man eine Vorbereitungshandlung beginnt, noch nichts in die Außenwelt gedrungen, denn das Werkzeug, welches im Bann des mittelbaren Täters steht, kann man nicht als einen unbeteiligten Dritten, ein Mitglied der Außenwelt bezeichnen, allerhöchstens könnte man zugeben, daß nun nur die Möglichkeit besteht, daß der Plan des mittelbaren Täters in die Außenwelt dringen könne.

Ganz anders bei der Anstiftung. Hier leitet der Angestiftete den Gedanken des Anstifters in die Wege, nachdem dieser ihm, einem gänzlich Unbeteiligten, vom Anstifter mitgeteilt worden ist. Bei der Anstiftung also ist der verbrecherische Gedanke schon vor Beginn irgend welcher Vorbereitungshandlungen bezüglich des Deliktes bekannt geworden, während — um zu wiederholen — bei der mittelbaren Täterschaft nur die Möglichkeit bestand, daß er in die Außenwelt dringen könne. Das Resultat Flegenheimer's ist also falsch, es beruht im Grunde wiederum in dem Bestreben, mittelbare Täterschaft und Anstiftung als etwas an sich gleichgeartetes zu unterscheiden. Es ist eben verfehlt, den mittelbaren Täter als eine besondere Erscheinungsart darzustellen, er ist nichts weiter als Täter. Einer Definition des mittelbaren Täters bedarf es nicht,; man kann ihn an den oben dargelegten Merkmalen des Täters erkennen. Treffen diese nicht zu, kann von Täterschaft keine Rede sein.

Nur noch die Frage steht jetzt zur Erörterung „wann ist ein Mensch bloßes Werkzeug eines anderen"?[1])

Dieses im einzelnen darzustellen, ist nicht Gegenstand dieser Arbeit; als von der herrschenden Lehre allgemein anerkannt ergibt sich folgendes:

[1]) Von dieser Frage geht auch aus Wachenfeldt in ZStW 40, 39.

Der Mensch ist zu einer lebenden Sache in 3 zu unterscheidenden Fällen herabgesunken.

I. Die erste Gruppe umfaßt die Schuldunfähigen infolge unvollständiger geistiger Entwicklung. Hierher gehören Kinder und Jugendliche. In beiden Fällen stellen wir uns auf den Standpunkt, daß der Grund der Straflosigkeit in einem Schuldausschließungsgrund zu suchen ist, was aber, insbesondere bez. der alten §§ 55, 56 StGB, bestritten ist. [1]) Diesen Standpunkt nehmen wir auch bei den Jugendlichen ein, indem wir uns den Erörterungen Kiesow's [2]) anschließen und als Motiv des Gesetzes ansehen, daß ein Mensch wegen mangelnder geistiger Reife unzurechnungsfähig sei, (daher auch keine Schuld vorliegen könne.) Das ist die Fortentwicklung seit dem VE 19 §§ 129, 130, das bedingte die Ausnahmebestimmung des § 4 JGG.

II. Die zweite Gruppe umfaßt die an sich Schuldfähigen, die infolge Störung der geistigen Tätigkeit schuldunfähig sind. Auch in diesen Fällen fehlt die Schuldfähigkeit wie bei der ersten Gruppe, was auch aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgeht. Hierher gehören

1. die Geisteskranken § 51 StGB,
2. die Taubstummen § 58 StGB,
3. die Bewußtlosen des § 51 StGB, d. h.

Fälle derartiger Trübung des Bewußtseins, daß die freie Willensbestimmung ausgeschlossen ist und zwar abnormer,

[1]) Wie hier die h. M., anders RG 6, 189; Olshausen § 55 N. 5, 6; und auch Borchert a. a. O. S. 23f. Er nimmt bei Kindern nur „Unverfolgbarkeit" an, sieht im § 55 StGB einen Strafausschließungsgrund; die Handlung des Kindes ist nach ihm eine an sich strafbare, an welcher Teilnahme möglich ist. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht hat Helldorf a. a. O. S. 11 dargelegt, indem er auf die akzessorische Natur der Teilnahme hinweist, welche zur Voraussetzung eine strafbare Handlung hat, die des Kindes aber nach dem Wortlaut des § 55 nicht strafbar ist. Dasselbe gilt heute für § 2 JGG.

[2]) JGG § 2 Anm. 1; ebenso Frank § 2 JGG II und Hellwig § 3. Anm. 3 a. a. O.

nicht aber notwendigerweise krankhafter Natur.[1]) Hierher sind 4. noch zu rechnen die krankhaften Störungen der Geistestätigkeit, d. h. Fälle, die ohne Zwang nicht unter Geisteskrankheit zu subsummieren sind.

III. Als dritte Gruppe kommen in Betracht Schuldfähige, die getäuscht oder gezwungen handeln. Der Grund der Werkzeugsnatur des Getäuschten liegt entweder im Fehlen des Vorsatzes, d. h. im Irrtum über den Erfolg, über die Folgen des Tuns, wodurch aber nur Vorsatz ausgeschlossen wird; wegen Fahrlässigkeit kann die Mittelsperson unter Umständen belangt werden — oder im Fehlen des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit in Fällen, in denen das Gesetz es in den subjektiven Tatbestand aufgenommen hat. Im Falle des Zwanges haben bei dem Entschluß der Mittelsperson Kräfte mitgewirkt, welche die Willensbestimmung nicht mehr als frei erscheinen lassen.

§ 5.

Die Unmöglichkeit des dolosen Werkzeugs.

In allen eben aufgeführten Fällen treffen auf den mittelbaren Täter die oben entwickelten Merkmale eines Täters zu, insbesondere also auch die Grundsätze über den Kausalzusammenhang. Hiermit sind aber auch alle Möglichkeiten der Werkzeugnatur eines Menschen und damit die Fälle der mittelbaren Täterschaft erschöpft.[2]) Wir kommen demnach dazu, die oben dargestellte, von der herrschenden Meinung und der Praxis angenommene Möglichkeit eines dolosen Werkzeuges abzulehnen, da sie, wie Meves[3]) richtig bemerkt, gegen die Grundsätze des Strafrechts verstößt. Es ist demnach Beling recht zu geben, wenn er behauptet,[4]) daß schon

[1]) so Olshausen § 51 Anm. 7, b.

[2]) Wie hier Wachenfeld Lehrbuch § 53, ZStW 40, 130 ff; und Geyer in Rechtslexikon a. a. O., anscheinend auch v. Rohland a. a. O. S. 372, welcher nur die hier aufgezählten Fälle kennt.

[3]) Strafrechtszeitung 1873 S. 162.

[4]) ZStW 28, 593.

eine unmittelbar gefühlsmäßige Kritik ein bewußt und selbständig handelndes „Werkzeug" ablehnt. „Denn die Charakterisierung eines Menschen als „Werkzeug" bedeutet eine Negation der selbständigen Entschließung, sie betrachtet ihn mit seinen Kräften als beherrscht von einem Drahtzieher, und davon läßt sich schlechterdings nicht reden, wo Secundus (d. h. das Werkzeug) in voller Kenntnis der Sachlage tätig wird." Der Begriff, einen vorsätzlich handelnden Menschen als Werkzeug anzusehen, ist kein vom Sprachgebrauch entwickelter, sondern erst ein von den Anhängern des dolosen Werkzeugs neu geschaffener.[1])

Insbesondere interessiert uns hier der Fall der Absichtsdelikte. Hier sieht man den, dem die zur Erfüllung des deliktischen Tatbestandes erforderliche Absicht fehlt, als dolosen Werkzeug an, während der Hintermann der (mittelbare) Täter ist. Der Hauptgrund dieser Konstruktion dürfte der sein, daß sonst Fälle straflos bleiben müßten, die man nur auf diese Weise strafen kann. Diesen fehlerhaften Grund sieht man deutlich in RG 48, 335: „Wer vorsätzlich bewirkt, daß ein anderer den äußeren Tatbestand einer strafbaren Handlung verwirklicht ist, **wenn** dieser andere . . . . . als Täter **nicht** in Betracht kommt, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen selbst (mittelbarer) Täter".[2]) Hieraus geht hervor, ein verbrecherischer Erfolg liegt vor, aber dem Ausführenden fehlt die Absicht, bei dem Hintermann die Ausführungshandlung. Einer von beiden muß Täter sein, „wenn nicht" der eine

[1]) Wie hier Helldorf a. a. O. S. 22: „es läßt sich überhaupt kein Fall denken, in dem das Werkzeug eines anderen ein zurechnungsfähiger, vorsätzlich handelnder Mensch ist". Verfehlt die abweichende Ansicht Ackermann's a. a. O. S. 10, vgl. Marezoll a. a. O. S. 124f, der wohl als einer der ersten den Begriff der mittelbaren Täterschaft ausdrückt; hierbei aber als „Werkzeug" nur einen „Angestifteten" ansieht, dem die das Verbrechen bildende Handlung nicht **zugerechnet** werden kann, indem er als Beispiel (Anm. 1) einen Blödsinnigen anführt.

[2]) ähnlich RG 44, 71. Ebenso auch Ackermann, welcher behauptet, daß die Lehre vom dolosen Werkzeug „überhaupt die einzige Möglichkeit zur Befriedigung des sicher von keiner Seite zu bestreitenden Strafbedürfnisses" sei (a. a. O. S. 2, 32); daß hier „nur das dolose Werkzeug" helfe (S. 31)

so „nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen" der andere! „Eine solche rein negative Begründung der Täterschaft kann keinen Anspruch auf Wissenschaftlichkeit erheben".[1]) Unsere ablehnende Ansicht ist dagegen begründet. Für die Tätereigenschaft war Voraussetzung der Kausalzusammenhang zwischen Tätigkeit und Erfolg. Wird der Kausalzusammenhang unterbrochen durch ein Naturereignis oder durch das vorsätzliche Eingreifen eines Dritten,[2]) dann kann von Täterschaft nicht mehr gesprochen werden. Bei den Absichtsdelikten nun besteht die Handlung des angeblichen mittelbaren Täters in der Einwirkung auf das dolose Werkzeug, welches das Delikt vorsätzlich ausführt; das vorsätzliche Eingreifen aber unterbricht den Kausalzusammenhang. Sehr richtig erkennt auch bereits Ackermann, ein Anhänger der Lehre vom dolosen Werkzeug,[3]) daß das dolose Werkzeug im Lichte der Kausalitätstheorien betrachtet den Zusammenhang zwischen dem mittelbaren Täter und dem Erfolg zerreißen müsse. Die Kausalitätstheorie aber hatten wir als die richtige erkannt.

Obwohl die subjektive Theorie in der Regel wie wir die Möglichkeit einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges anerkennt und sie annimmt in dem gleichen Fall, zieht sie nicht die volle Konsequenz, sondern nimmt u. a. bei den Absichtsdelikten keine Unterbrechung im Falle des dolosen Werkzeuges an, obwohl dieses vorsätzlich handelt.[4]) Sie schafft damit eine Sonderregelung, welche im Gesetz keine Stütze findet.

Am Merkmal der Kausalität haben wir den Irrtum von der Lehre des dolosen Werkzeuges erkannt. Als weiteres äußerst wichtiges Merkmal der Tätereigenschaft hatten wir oben erkannt, daß der Täter eine Ausführungshandlung vornehmen muß. Daß

[1]) so Wachenfeld ZStW 40, 146.
[2]) vgl. S. 7 der Arbeit.
[3]) a. a. O. S. 28.
[4]) so RG, Liszt, Lehrbuch §§ 29, IV; 50, II und Schwartz, Kommentar § 47 Anm. 2, b.

diese vom mittelbaren Täter und nicht vom Werkzeug vorgenommen wird, ergibt das von Wachenfeldt[1]) gewählte Beispiel, nach dem im Werkzeug der darauf übertragene Wille des mittelbaren Täters fortwirkt, wie die auf die Höllenmaschine durch Berührung des Knopfes der elektrischen Batterie übertragene Kraft.[2]) So trifft es also auch zu, daß der mittelbare Täter eine Ausführungshandlung vornimmt und zwar in der Tätigkeit seines Werkzeuges. Auch hier zeigt sich die Unmöglichkeit des dolosen Werkzeuges. Denn dieses handelt vorsätzlich, auf Grund eigener Entschließung, nicht aber wird in ihm gleichsam mechanisch der Wille des mittelbaren Täters wirksam; der Vergleich mit der Höllenmaschine ist hier unmöglich. Und damit haben wir auch das letzte Merkmal des Täters (abgesehen von der vorauszusetzenden Schuldfähigkeit), die Schuld, betrachtet.

Als bisheriges Resultat ergibt sich, daß auf der Grundlage der objektiven Theorie, zu der wir uns trotz unserer Abweichungen zu rechnen haben, die mittelbare Täterschaft bei Absichtsdelikten in der Form des durch die herrschende Meinung angenommenen dolosen Werkzeuges unmöglich ist.[3]) Treffen also auf das sog. dolose Werkzeug in der Tat nicht alle Merkmale des Verbrechens zu, hat aber der Hintermann keine Ausführungshandlung vorgenommen, so müssen beide straffrei ausgehen.

Nunmehr ist zu prüfen und festzustellen, daß bei richtiger Auslegung des Gesetzes praktisch sich ergibt, daß die künstliche Konstruktion des dolosen Werkzeuges auch überflüssig ist.

[1]) ZStW 40, 150.

[2]) Vgl. oben S. 6.

[3]) Ebenso Flegenheimer und Wachenfeld.

II. Kapitel.

Die Anwendung der mittelbaren Täterschaft auf die Absichtsdelikte.

§ 6.

Die Absichtsdelikte und ihre Einteilung.

Der Absichtsdelikte gibt es eine große Menge. Als echte Absichtsdelikte kann man nennen:

I. Die §§ 87, 124, 146, 202, 225, 229, 234, 235 Abs. 3, 236, 237, 242, 249, 252, 253, 257, 263, 265, 266, 267, 268, 272—274, 289, 298, 301, 302, 307 Nr. 2, 3, 333, 334, 343, 346, 349, dazu u. a. § 239 KO.

II. Delikte zu bestimmten „Zwecken" sind §§ 129, 147, 151, 177 Nr. 2, (235, 267), 270, 273.

III. Die §§ 81, 105, 114, 122, 159, 357 behandeln das „Unternehmen". Ob auch diese unter die Absichtsdelikte zu zählen sind, hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob man unter „Unternehmen" eine Handlung versteht, durch welche die **Absicht,** den Erfolg herbeizuführen, bekundet wird. Der Begriff des Unternehmens ist äußerst umstritten. Die erste Ansicht versteht darunter alle Versuchs- und Vorbereitungshandlungen,[1]) die zweite nur, aber auch alle Versuchshandlungen,[2]) die dritte nur die unmittelbar auf die Vollendung gerichteten, der Vollendung vorhergehenden Versuchshandlungen.[3]) Das „Unternehmen" des § 82 StGB gibt der 3. Ansicht recht, wie Wachenfeld[4]) nachweist,[5]) im übrigen ist der Streit zwingend zu entscheiden unmöglich, da die Argumente fast nur auf das Sprachgefühl gestützt werden können.[6]) Es ist aber nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber „unternehmen" und „Versuch" einander gleich stellt, er

[1]) Olshausen § 105 Nr. 2; Liszt a. a. O. § 46, III, Allfeld a. a. O. § 35, IV; Mayer, Allgem. Teil S. 349 f.
[2]) herrsch. M. z. T. auch RG z. B. RG 42, 266ff.
[3]) Frank § 82 IV.
[4]) Lehrbuch S. 174.
[5]) so auch RG 16, 166ff.
[6]) M. E. Mayer a. a. O. S. 350.

hätte sich dann den Ausdruck sparen können. Er wird ihn also enger gemeint haben, wie auch RG 42, 276 andeutet.

Die Handlungen des Unternehmens müssen aber unbedingt planmäßig sein, d. h. Vorsatz des Täters ist anzunehmen; daß die Absicht, den Erfolg herbeizuführen, erforderlich sei, ist abzulehnen.[1]) Eine derartige Annahme würde den Begriff praktisch auch bis zur Unbrauchbarkeit einengen. Frank schließt sich uns an, indem er meint,[2]) daß der Begriff im täglichen Leben ein planmäßig vorbereitetes, überlegtes Vorgehen bedeutet. Auch hiernach dürfte die letzte der angeführten Meinungen, die den Begriff am engsten faßt, richtig sein,[3]) und somit die zuletzt erwähnten §§ nicht als Absichtsdelikte zu bezeichnen sein.

Man teilt sie nach verschiedenen Gesichtspunkten ein, ausgehend von dem jeweiligen Standpunkt des Verfassers, darum meistens auch nur relativ richtig. Man kann einteilen in gemischte oder qualifizierte und in reine Absichtsdelikte, je nachdem das Delikt bereits in sich den Tatbestand eines anderen Strafgesetzes enthält oder nicht.[4]) Nach dieser Einteilung spricht die herrschende Lehre auch vom qualifizierten und vom reinen absichtslosen dolosen Werkzeug. Wir lehnten dieses Institut ab und werden nun an den hervorragendsten der Absichtsdelikte unseren Standpunkt als praktisch richtig darzulegen versuchen.

Es mag hier erwähnt werden, daß man unter Absicht mit der herrschenden Ansicht eine im Täter herrschende Vorstellung zu verstehen hat, die ihn zu einer Handlung bestimmt, motivierend wirkt,[5]) kurz: treibendes Motiv zum Handeln ist.[6])

[1]) wie hier Wachenfeld a. a. O.; a. A. Olshausen § 105 Nr. 2.
[2]) Komm. 2. Aufl. § 105 I.
[3]) Nach den Reichstagsverhandlungen sollte der Begriff des Unternehmens ebenfalls überall dieselbe Bedeutung wie im § 82 StGB erhalten, was für uns spricht.
[4]) so auch Flegenheimer a. a. O. S. 48.
[5]) so Frank, § 59 VI.
[6]) Liszt a. a. O. § 39 II, 2, a; Wachenfeld, Lehrbuch S. 156. Ebenso definiert auch schon E 19 § 13 Abs. 2: „absichtlich handelt der, dem es darauf ankommt, einen Erfolg, der im Gesetze bezeichnet ist, herbeizuführen."

1. Die reinen Absichtsdelikte.

§ 7

Der Diebstahl.

Der Streit über die mittelbare Täterschaft in Form des dolosen Werkzeuges ist unter den Absichtsdelikten am häufigsten am Diebstahl erörtert worden, den auch wir in den Mittelpunkt unserer Betrachtungen stellen wollen. Der Streit wird am besten beleuchtet an dem berühmten Fall des RG 39, 38 ff, welcher, soweit er uns angeht, folgender ist: der A sieht einen roten Ball im Garten des X liegen; er bittet den B, ihm denselben zu holen; B bricht eine Latte des Zaunes fort und holt den Ball, den er sogleich dem A übergibt. Die Frage ist, kann A als mittelbarer Täter des Diebstahls angesehen wenden? Anerkannt ist, daß die gesamte äußere Tatbestandsverwirklichung von B vorgenommen wird. Behauptet wird, B wolle die Sache nicht für sich, sondern für A stehlen, ihm fehle die erforderliche Absicht. Die herrschende Meinung will demgemäß den A als Dieb und den B als Gehilfen ansehen.[1]) Der Streit konzentriert sich also um die Frage, welchen Sinn haben die Worte des § 242 „Absicht, sich zuzueignen"? Von der Beantwortung dieser Frage hängt es ab, ob bei B auch Zueignungsabsicht angenommen werden kann, er also als Täter anzusehen ist.

Die Theorien hierüber kann man in 2 große Gruppen einteilen.

I. Die Anhänger der sog. Vermögensdeliktstheorie sehen die Zueignung an als Einverleibung der fremden Sache in das eigene Vermögen. Sie variieren diese Ansicht in verschiedener Weise.

---

[1]) so z. B. Binding in einem von ihm konstruierten, ebenso gelagerten Fall, in GS 78, 29.

1. Dörr[1]) sieht den Diebstahl als Vermögensschädigung an und fordert den lucri faciendi animus. Derselben Ansicht ist auch Frank, welcher definiert: Zueignung ist die Gewinnung der Sache ihrem wirtschaftlichen Werte nach, in der Absicht, andere davon auszuschließen,[2]) oder noch klarer: Absicht der Zueignung ist die Absicht, über die Sache oder deren wirtschaftlichen Wert unter Ausschluß des Berechtigten in eignem Interesse wirtschaftlich zu verfügen.[3])

2. Gleispach versteht[4]) unter Zueignung den „den Berechtigten ausschließenden Genuß dieser Sache", während der ihm nahe stehende Sauer die Zueignung definiert[5]) als Herstellung der Verfügungsmacht über die Sache zwecks Verwertung für sich. — Zweifelhaft, ist, ob hierher auch zu rechnen ist

3. die Ansicht von Harburger,[6]) welcher meint, daß es sich bei der Zueignung darum handele, die Sache in sein Vermögen zu bringen, es aber offen läßt, ob Vermögen nur geldwertes Vermögen darstelle.

II. Die zweite große Gruppe umfaßt die Anhänger der Eigentumsdeliktstheorie, welche in der Zueignung die Anmaßung einer eigentumsgleichen Herrschaft über die Sache erblicken. Sie alle gehen davon aus, daß das Eigentum als solches geschützt werden soll, daß es aber belanglos ist, ob die gestohlene Sache einen wirtschaftlichen oder gar keinen Wert habe. Diese Auffassung des Diebstahls ist auch die des geltenden Rechts.[7]) Mit Wachenfeldt[8]) kann man auch hier wieder 2 Ansichten unterscheiden:

[1]) a. a. O. §§ 32ff, insbesondere S. 155.
[2]) Komm. § 242 Anm. VII, 2, a.
[3]) Komm. 2. Aufl. § 242 Anm. VII, 2.
[4]) a. a. O. S. 17.
[5]) a. a. O. S. 71.
[6]) a. a. O. S. 212.
[7]) so auch Leipz. Komm. § 242, 2; Gerland a. a. O. S. 450/51.
[8]) ZStW 40, 323.

1. Die einen finden die eigentumsgleiche Herrschaft in der Herrschaft über die Sache in ihrer Totalität,

2. die anderen in der Herstellung eines Verhältnisses, welches Eigentum entstehen ließe, wenn ihm die rechtliche Sanktion zuteil würde.

Bei der Kritik der angeführten Ansichten ist die Vermögensdeliktstheorie abzulehnen, da sie, wie gesagt, dem geltenden Recht **nicht entspricht**. „Der klare Wortlaut des Gesetzes bietet keinen, aber auch gar keinen Anhalt dafür, daß Bereicherungsabsicht erforderlich wäre.“[1]) Alle ihre Anhänger suchen aber darzulegen, daß Zueignungsabsicht seitens des Täters zu behaupten wäre nicht nur wenn die Veräußerung oder das Weitergeben entgeltlich geschieht — also das Vermögen faktisch vermehrt wird, — sondern auch bei unentgeltlichem Weitergeben. Obwohl dieses eine Inkonsequenz dieser Theorie ist, was v. Bülow[2]) ausführlich nachgewiesen hat,[3]) ist doch beachtlich, daß man versucht, in der Absicht der Weitergabe die Absicht der Zueignung zu sehen. Derselbe Versuch zeigt sich bei allen Anhängern der Eigentumsdeliktstheorie; hier aber ist er von Erfolg und auch konsequent. Sieht man in der Zueignung die Anmaßung einer eigentumsgleichen Herrschaft über die Sache, so ergibt sich für unseren Fall RG 39, daß Zueignung bei B vorliegt; er kann mit dem aufgenommenen Ball machen, was er will, er kann ihn behalten und beliebig weiter geben; daß er ihn dem A gibt, entspringt seinem freien Entschluß. Wir kommen hier also zu einem haltbaren Resultat, welches besagt, in der Absicht der Weitergabe liegt die Absicht der Zueignung.[4]) Wenn diese Ausführungen auch von vielen

[1]) v. Bülow a. a. O. S. 30.
[2]) a. a. O. S. 35ff.
[3]) Vgl. auch Gleispach a. a. O. 18, der hier selbst diese Lücke in seiner Theorie erkennt.
[4]) Hiermit erweist sich die Einteilung Flegenheimers der Absichtsdelikte in schlichte und verstärkte, je nachdem die Absicht; „sich“ oder aber „sich oder einem anderen“ zuzueignen erforderlich scheint, (a. a. O. S. 52) als irrig.

Gegnern gebilligt werden, so glauben die meisten dennoch sie nicht anerkennen zu können, weil das Gesetz von der Absicht, „sich" zuzueignen, spricht. Diese Bedenken zu zerstreuen schien lange sehr schwer. Man argumentierte — mit Recht —, daß der Gesetzgeber nicht das „sich", sondern das „zueignen" habe hervorheben wollen und damit zum Ausdruck bringen wollen, daß die Wegnahme im Gegensatz zum Zerstören, Gebrauchen und dergl. stehe; oder daß das „sich"-Zueignen im Falle einer Weitergabe darin bestehe, daß man durch diese Verfügung über die Sache die Stellung des Eigentümers usurpiere.[1]) Schlagend hat erst Wachenfeld die Ansicht der Gegnerschaft widerlegt. Er weist[2]) an der Entstehungsgeschichte des § 242 StGB, der aus dem preußischen StGB übernommen ist, an Hand der preußischen Entwürfe nach, daß das „sich zueignen" bedeute „sich oder einem anderen". Das „oder einem anderen" sei nur gestrichen, „weil niemand einem anderen eine Sache zueignen könne, die er nicht selbst sich zugeeignet habe".[3]) Daß diese auf Grund der Motive gefundene Auslegung als richtig anerkannt werden muß, gibt auch der AE, welcher, um alle hier herrschenden Zweifel endgültig zu beseitigen, denjenigen in § 296 als Dieb bezeichnet, der eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, „sich oder einen Dritten" damit unrechtmäßig zu bereichern.

Diese im AE zum Ausdruck gekommene Ansicht ist auch die der Motive zum geltenden StGB. Das geht aus folgendem Satz hervor: Es ist gleichgültig, „ob das Motiv Habsucht oder Gewinnsucht gewesen, sodaß auch derjenige des Diebstahls schuldig ist, welcher lediglich im Interesse

[1]) so Merkel in Holtzendorff's Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. III S. 649.

[2]) ZStW 40, 324ff.

[3]) Auch Ebermayer führt schon an, daß nach den Beschlüssen 2. Lesung es keinen Unterschied machen solle, ob der Täter die Sache sich „oder einem Dritten" zueignen wolle (Entwurf S. 75).

oder im Auftrage eines Dritten eine Sache entwendet und sie dem letzteren übergibt oder aus Mitleid für einen Dritten eine Sache entwendet und den Erlös derselben dem letzteren zuwendet" (man denke an den Crispinianismus).[1])

Hiermit ist die Lehre aller der, die sich lediglich am Wortlaut des § 242 stoßen, über den Haufen geworfen.[2])

Unser Fall erledigt sich also wider die herrschende Meinung dahin, daß bei B, welcher den gesamten äußeren Tatbestand vorsätzlich erfüllte, in der Absicht der Weitergabe die Absicht der Zueignung liegt, daß er also als Täter anzusehen ist, während A als Anstifter bezeichnet werden muß, denn in dem bei ihm vorliegenden Tätervorsatz ist das geringere, der Anstiftervorsatz, enthalten.

Die Frage, welche nun aufgeworfen werden muß, ist die, ob sich das gefundene Resultat verallgemeinern läßt.

Wir wollen zu ihrer Lösung den Fall RG 39 verschiedenartig ummodeln. Wir nehmen 1. an, daß B mit seinem Fuß den Ball dicht bis an die Grenze stößt, sodaß A ihn nun mit der Hand selbst herauslangen kann. Weiter 2.: B stößt den Ball aus dem Grundstück heraus; A nimmt ihn draußen auf. In beiden Fällen würde die subjektive Theorie nur A als Täter ansehen, da dem B die Zueignungsabsicht fehlen soll. Objektiv betrachtet ergibt sich, im 1. Fall nimmt B gar keine Ausführungshandlung vor, kann also nicht Täter sein; A allein verwirklicht den gesamten verbrecherischen Tatbestand, ist Täter, B nur Gehilfe, wie es auch seinem Vorsatz entspricht. Im Fall 2 dagegen nimmt auch B eine Ausführungshandlung vor, ebenso wie A, indem der eine den Gewahrsam bricht und der andere ihn begründet. Bei A ist Zueignungsabsicht gegeben; da

[1]) vgl. Wachenfeld Lehrbuch S. 197 Anm. 4; cit. nach Harburger a. a. O. S. 217.

[2]) Beling z. B. stützt seine Lehre (ZStW 28, 591; Grundriß S. 16) irrig damit, daß das StGB. „die Absicht, **sich** die Sache zuzueignen" festgehalten und damit den Diebstahl als eigensüchtiges Delikt gekennzeichnet habe. Ebenso Wuttig a. a. O. S. 48 Anm. 1.

in der Absicht der Weitergabe die Absicht der Zueignung enthalten ist, ergibt sich auch bei B Zueignungsabsicht; beide sind als Mittäter anzusehen.[1]) Denn zur Mittäterschaft gehört Verwirklichung der subjektiven Merkmale des Verbrechens in jedem Mittäter, wie eine Handlung, welche den Alleinhandelnden zum Täter machen würde,[2]) also mindestens eine Versuchshandlung.[3]) Dieses aber liegt bei B vor.

Hier können allerdings Zweifel auftauchen, ob bei B unter allen Umständen Zueignungsabsicht im Sinne des § 242 angenommen werden kann. Wachenfeld[4]) führt im Anschluß an Beling[5]) hierfür (als Fall 3 zitiert) an: nimmt man im Fall 2 an, daß dem B die Zueignungsabsicht fehlt, so hat B dadurch, daß er lediglich in strafloser Weise den Gewahrsam des X brach, dem A Hilfe geleistet, während A durch die Aneignung des in keinem fremden Gewahrsam mehr stehenden Balls sich einer Unterschlagung schuldig macht, zu der B Gehilfe ist. Er meint, im Grunde hänge es von einer Tatsachenwürdigung, von der Beurteilung der Tatumstände ab, 1. ob man Zueignungsabsicht bei dem Vermittler, und 2. worin man die zur Diebstahlsvollendung erforderliche Apprehension sehe. Hiermit aber kommt er zu einer abzulehnenden Entscheidung, bei der — bez. der Zueignungsabsicht — alles von den augenblicklichen, höchstens durch Geständnis festzustellenden Gedanken des Wegnehmenden abhängen würde.[6]) Er führt insbesondere folgenden Fall (als 4 zitiert) als besonders zweifelhaft an; A läßt

[1]) ebenso Wachenfeld ZStW 40, 327.

[2]) so Büll a. a. O. S. 50.

[3]) Wachenfeld Lehrbuch S. 200, so die objektive Theorie im Gegensatz zur subjektiven, welche im Widerspruch zum Gesetz allein den animus entscheiden läßt. Wie hier Liszt a. a. O. § 50 III, 1; Beling, Verbrechen § 49.

[4]) ZStW 40, 327.

[5]) ZStW 28, 602.

[6]) so Wachenfeld ZStW 40, 326 Anm. 74, wo er mit diesen Worten M. E. Mayer ablehnt.

sich eine fremde Sache von einem Schrank durch B reichen und folgert richtig aus unseren obigen Ausführungen, daß, wenn B bösgläubig ist, er selbst Dieb ist. Ist er gutgläubig, d. h. mindestens ohne Vorsatz, so ist er reines Werkzeug;[1]) handelt er aber vorsätzlich und nimmt man keine Zueignungsabsicht an, so ist m. E. die Frage dieselbe wie eben erst gestellt.

Um die beiden von Wachenfeld gestellten Zweifelsfragen zu klären, müssen wir

1. prüfen, wann die „erforderliche Apprehension" vollendet ist und

2. untersuchen, ob auch hier Absicht der Weitergabe Zueignungsabsicht bedeutet.

I. Die verbrecherische Tätigkeit im Falle des § 242 besteht im „wegnehmen", worunter unbestritten[2]) Bruch des fremden und Begründung des eignen Gewahrsams zu verstehen ist. Hier interessiert, in welchem Augenblick der eigne Gewahrsam als begründet anzusehen ist, m. a. W. wann der Diebstahl vollendet ist. Abweichend von der Apprehensionstheorie erfordern einzelne Urteile des RG nur Bruch des fremden Gewahrsams und sehen das Delikt damit als vollendet an; es genügt, wenn der Täter, „statt erst selbst den Gewahrsam zu erwerben und sofort weiter zu geben, wozu er den Umständen nach in der Lage wäre, den andern veranlaßt, und in Stand setzt, den Gewahrsam unmittelbar zu ergreifen."[3])

Würden wir diese Ansicht zu Grunde legen, wäre z. B. der Fall 3 leicht zu entscheiden; unter allen Umständen hat B das Delikt äußerlich vollendet, denn er hat Gewahrsam gebrochen und dem A die Möglichkeit verschafft,

[1]) vgl. oben S. 17.

[2]) nach der herrschenden und dem positiven Recht entsprechenden Apprehensionstheorie.

[3]) RG **48,** 59.

diesen selbst zu ergreifen. Doch wir stellen uns streng auf den Standpunkt der Apprehensionstheorie und begnügen uns nicht mit diesem Resultat.

Es wäre wohl am Platz, überhaupt den Begriff „Gewahrsam" zu erläutern. Es herrscht hierüber im allgemeinen kein Streit. Gewahrsam ist ein rein tatsächliches Herrschaftsverhältnis[1]) über eine Sache, welches sich nicht mit dem zivilrechtlichen Besitz deckt.[2]) Im Gewahrsam jemandes steht eine Sache, so lange sie ihm weggenommen werden kann. Daraus folgert Frank mit Recht,[3]) daß auch ein Herrschaftswille zur Ausübung des Gewahrsams gehöre. Da der Gewahrsam ein tatsächliches Verhältnis ist, kann auch der Herrschaftswille kein juristisch qualifizierter sein. Man kann demnach Gewahrsam definieren als die tatsächliche Beherrschung einer Sache mit dem Willen, über sie zu herrschen.[4])

Die Begründung eignen Gewahrsams geschieht nun also durch Herstellung einer faktischen Lage, in der der Täter auf die Sache einwirken kann, wie es die Gewohnheit des Lebens mit sich bringt. Das spricht auch das RG als Regel aus, z. B. RG **12**, 353 ff. Hier wird zur Vollendung des Diebstahls Erlangung der Verfügungsgewalt gefordert, welche selbst dadurch nicht verloren geht, daß der Täter auf kurze Zeit außer Stand gesetzt wird, beliebig zu verfügen. Mit diesem Begriff der „Verfügungsgewalt" haben wir ein praktisch brauchbares Merkmal gewonnen. Auch Harburger kennt es; nach ihm ist wesentlich, daß der Täter die Sache aus dem Gewahrsam des bisherigen Besitzers genommen und in seine eigene Verfügungsgewalt

[1]) s. RG **58**, 49.

[2]) unbestritten, z. B. Olshausen § 242 A. 16.

[3]) Komm. § 242 IV.

[4]) so Wachenfeld Lehrbuch S. 372 und die dort zitierten.

gebracht hat,[1]) und er sagt schon vorher,[2]) daß das Wegnehmen nicht voraussetzt, daß die Sache aus dem Raum des bisherigen Besitzers entfernt werde. Als letzten namhaften Autor wollen wir noch Olshausen anführen. Er definiert fast wörtlich mit uns den Gewahrsam als eine tatsächliche Herrschaftsausübung mit dem rein tatsächlichen Willen, diese Herrschaft zu besitzen.[3]) Die Entziehung des Gewahrsams brauche keineswegs einen **Besitz**erwerb auf Seiten des Täters zur Folge haben; gleichgültig sei, ob die über die Sache erlangte Herrschaft eine gesicherte sei.[4]) Wenn der Täter die Verfügungsgewalt bereits erlangt habe, liege vollendeter Diebstahl vor.[5]) Wir haben also als Merkmal zur Begründung eignen Gewahrsams den Begriff der Verfügungsgewalt gewonnen.[6]) Besitzt der Täter erst diese, hat er den objektiven Tatbestand des Deliktes erfüllt. Auf den zweifelhaften Fall 3 angewandt finden wir, daß der B, der die Sache weggenommen hat, um sie danach dem A zu geben, in der Möglichkeit dieser Verwirklichung seines Gedankens (den Wachenfeld hier als Gehilfenvorsatz auffaßt) faktisch die Verfügungsgewalt über die Sache gewonnen hat, daß also in der Tat er und nicht erst der A den objektiven Tatbestand des Diebstahls erfüllt hat.

II. Nachdem wir nun die Frage nach der Vollendung der Apprehension gelöst haben, bleibt noch zu untersuchen, ob bei B auch Zueignungsabsicht vorliegt. Wir können davon ausgehen, daß B die Verfügungsgewalt über die Sache hat. Er handelt, wenn er die Sache an A weiter

[1]) a. a. O. S. 221.
[2]) a. a. O. S. 206.
[3]) § 242 Anm. 16.
[4]) a. a. O. Anm. 24.
[5]) a. a. O. Anm. 25.
[6]) Vgl. ebenso RMG **20,** 168 „Gewahrsam ist die rein tatsächliche Verfügungsgewalt"; und RG 23. III. 15 in Leipz. Z. **9,** 914 „Das Wegnehmen erfordert eine Tätigkeit, die die Sache aus dem fremden Gewahrsam in die eigene Verfügungsgewalt herüberbringt."

reicht, in dem Bewußtsein, diesem einen Gefallen zu tun, will — angeblich — Gehilfe sein (was das RG. ohne weiteres annehmen würde auf Grund eines unterzuschiebenden animus socii); er könnte aber etwas anderes tun, denn er ist ja im Moment vollständig Herr über die Sache, könnte sie also nach Belieben verwenden. Wenn er sie dem A gibt, ist es sein freier Entschluß, eine der vielen Möglichkeiten, die dieser seiner absoluten faktischen Herrschaftsgewalt entspringt. Wir kommen direkt zurück auf unsere Erörterungen oben bei der Eigentumsdeliktstheorie und finden als Resultat, daß bei B Absicht der Weitergabe — bei Vorliegen des objektiven Tatbestandes — gegeben ist, hierin aber die Absicht der Zueignung eingeschlossen ist. Somit löst sich der von Wachenfeld als zweifelhaft hingestellte Fall 3 dahin auf, daß B Täter ist. Für A gilt demgemäß, daß er als Anstifter zu betrachten ist — in majore minus — und weiter macht er sich der Partierei schuldig; ein brauchbares und praktisches Ergebnis.

U. E. ergibt sich dieselbe Lösung für den oben angeführten Fall 4. B bricht vorsätzlich fremden Gewahrsam, verschafft sich die Verfügungsgewalt, begründet also eignen Gewahrsam in der Absicht, die Sache dem A zu geben, d. h. in Zueignungsabsicht. B ist Täter, A Anstifter und Partierer. Wir lehnen also mit guten Gründen die für diese Fälle als letzte Rettung aufgestellte Lösung ab, daß A eine Unterschlagung begehe und B Gehilfe dazu sei.

Wir sehen also, daß unsere auf S. 27 gefundene Lösung sich verallgemeinern läßt und weisen die Richtigkeit dieser Lösung noch kurz an 3 bekannten Beispielen nach.

1. Zu besonderen Zweifeln gibt nach Allfeld[1]) Anlaß der Fall, daß der Knecht B im Auftrage des A diesem die Hühner des C in seinen Hof treibt. Allfeld lehnt es hier ab, daß bei B Zueignungsabsicht vorliege. Dem tritt mit

[1]) a. a. O. § 37 Nr. 6.

Recht Wachenfeld entgegen,[1]) indem er, entsprechend unseren Ausführungen, bemerkt, daß der Knecht in seinen Entschließungen frei handelt, denn blinden Gehorsam schulde er niemand. Trotzdem behauptet Allfeld, die Ansicht von Wachenfeld „trifft nicht zu",[2]) ohne sie aber zu widerlegen. Der B allein hat die absolute Verfügungsgewalt über die Hühner in dem Augenblick, in dem er sie treibt; er allein bricht den Gewahrsam des C an diesen Tieren und begründet seinen eignen in der Absicht ihn weiter zu übertragen. Das aber führt er aus freiem Willen aus. Er hat die Möglichkeit, den Anordnungen des A Einwendungen gegenüber zu stellen; droht darauf A mit Entlassung, Vertreibung und dergl., liegt der Fall plötzlich ganz anders, indem B nun infolge Nötigung handelt.[3])

2. Boswinkel sieht in folgendem Fall eine Lücke in den Strafgesetzen[4]): ein Dienstherr A schickt seinen Knecht B aus, um das von A gekaufte und durch Verabfolgezettel zugewiesene in der Forst aufgeschichtete Holz zu holen, indem er ihm genaue Anweisung gibt. Der Knecht fährt aber nicht das ihm bezeichnete Holz ab, sondern nimmt wissentlich — vielleicht aus Bequemlichkeit — anderen Personen gehöriges Holz von gleicher Qualität und Quantität, welches er unmittelbar dem A zufährt, ohne daß dieser etwas von der eigenmächtigen Handlungsweise erfährt. — Der wesentliche Unterschied zum vorigen Fall liegt darin, daß B hier auf eigene Initiative handelt, während er oben „auf Befehl" handelte. Wir prüfen den Fall gemäß unseren obigen Ausführungen. B bricht vorsätzlich den fremden Gewahrsam, er gewinnt eine Verfügungsgewalt unumschränkt in faktischer Hinsicht, also Gewahrsam. Der objektive Tatbestand des

---

[1]) ZStW 40, 326.
[2]) a. a. O. S. 214.
[3]) auf Grund einer Bedrohung mit Nötigung, vgl. Frank § 240 II, 2
[4]) a. a. O. S. 241.

Diebstahls ist gegeben. In subjektiver Hinsicht liegt Vorsatz vor, d. h. das Wissen und Wollen des tatsächlichen Erfolges. Ob das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vorliegt, kann zweifelhaft sein; es ist Tatfrage. Nimmt B Einwilligung des Holzeigentümers an, da es sich ja um die gleiche Quantität und Qualität handelt, ist das Bewußtsein nicht vorhanden; andernfalls aber, führt schon Wachenfeld aus,[1]) „ist kein Grund vorhanden, den Knecht nicht als Dieb anzusehen". Die Auffassung Bohwinkels ist natürlich ohne weiteres verständlich, weil er von dem subjektiven Standpunkt, wie ihn das RG annimmt, ausgeht; für uns aber hat sich nichts ergeben, was geeignet wäre, den von uns entwickelten Standpunkt zu widerlegen.

3. Ein v. Liszt'scher Fall[2]):

A hat seinen Hund an C verkauft, der ihn innerhalb seines unmauerten Gehöftes an der Kette hält. A bereut den Verkauf und bestimmt den B, ihm den Hund wieder zu verschaffen, B steigt über die Mauer, löst den Hund von der Kette, öffnet die Tür des Gehöftes mit dem von innen steckenden Schlüssel und läßt den Hund heraus, der sich, wie B voraussieht, schleunigst zu seinem alten Herrn begibt. — Hier steht fest, daß B den objektiven Tatbestand des Diebstahls in seiner Person verwirklicht hat. Ein Wissen und Wollen des Erfolges liegt ebenfalls bei ihm vor, d. h. Vorsatz besitzt er auch. Die Frage nach der erforderlichen Absicht ist aber auch zu bejahen. Denn B hat erstrebt, daß der Hund an den A zurückgelangt, er hat nicht die Absicht, den Hund „sich" im eigentlichen Sinne, wohl aber dem A zuzueignen; in der Absicht der Weitergabe aber liegt die Absicht der Zueignung. Ackermann kommt auf Grund der von ihm ver-

[1]) a. a. O. S. 327; zu einem ähnlichen Resultat gelangt auch von Bülow a. a. O. S. 24 auf Grundlage der objektiven Theorie; allerdings setzt er das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit stillschweigend voraus.

[2]) Strafrechtsfälle Nr. 63, 5.

tretenden Lehre vom dolosen Werkzeug zum entgegengesetzten Resultat,[1]) indem er in der oben erörterten Weise, die wir ablehnten, keine Zueignungsabsicht bei V annimmt. Er schlägt sich aber mit seinen eignen Worten, indem er ausführt,[2]) daß „der Verfügungswille über die Sache die Absicht der vorherigen Selbstzueignung in sich schließt". Nichts anderes aber war das Resultat unserer Ausführungen, nur versäumt Ackermann, überall die Konsequenz aus diesem Satz zu ziehen und seinen Irrtum — welcher auch weiter auf der von ihm vertretenen Lehre der Gleichwertigkeit der Bedingungen beruht — zu bekennen. Das Ergebnis dieses Falles zeigt, daß unsere Lösung eine durchaus brauchbare ist.

Als erstrebtes und erreichtes Resultat bez. des Diebstahls haben wir gewonnen: in der Absicht der Weitergabe einer Sache ist stets die Absicht der Zueignung enthalten; in allen Fällen, in denen die herrschende Meinung ein doloses Werkzeug annimmt, in denen also die wegnehmende Mittelsperson die Zueignungsabsicht nicht haben soll, hat tatsächlich das dolose Werkzeug diese Absicht und ist selbst Täter. Ein dolose s Werkzeug ist also hier überflüssig.

§ 8.

Weitere reine Absichtsdelikte.

Wir wollen bei den folgenden Erörterungen, wie oben bereits angedeutet, die sog. reinen[3]) und die sog. qualifizierten Absichtsdelikte unterscheiden. Die letzteren teilen wir ein in die echten qualifizierten Absichtsdelikte, welche darin bestehen, daß die sie auszeichnende Absicht nichts weiter ist als die

[1]) a. a. O. S. 15.

[2]) a. a. O. S. 50.

[3]) das wichtigste der eben erörterte § 242, weiter z. B. §§ 87, 146, 257, 263, 267, 353a, 239 KO u. a.

Qualifikation eines gewöhnlichen (des Grund-) Deliktes,[1]) und in die unechten qualifizierten Absichtsdelikte, in welchen irgend ein beliebiges Delikt bereits enthalten ist.[2])

a) Die Begünstigung.

Ein in unserer Hinsicht bereits mehrfach behandeltes Delikt ist die Begünstigung § 257. Der Fall eines dolosen Werkzeuges ist hier folgendermaßen gelagert: A fordert B auf, dem C zur Flucht zu verhelfen, und zwar A, um den C einer Bestrafung zu entziehen; B hingegen handelt in der Absicht, den Behörden einen Streich zu spielen. Es ist also angenommen, dem „dolosen Werkzeug" B fehle die erforderliche Absicht des § 257, wenn B auch das Bewußtsein des Erfolges, den Vorsatz besitzt. — In diesem Falle bedarf es zur richtigen Lösung nur einer genauen Betrachtung des gesetzlichen Tatbestandes. Begünstigung ist ein Beistandleisten, dieses aber kann „zweifellos"[3]) durch Rat oder Tat geschehen. Ohne weiteres Interesse ist hier der Streit darüber, was zur Vollendung „des Beistandleistens" erforderlich ist. Man wird fordern müssen, daß die Lage des Schuldigen tatsächlich günstiger gestaltet wird, mag auch die Absicht nicht vollständig erreicht sein.[4]) Zur Vollendung des Deliktes reicht also Rathilfe aus, wenn dadurch die faktische Lage des C gebessert wird. Diesen objektiven Tatbestand aber erfüllt A vollständig, wenn er sich an B wendet. Da auch die sub-

---

[1]) z. B. §§ 169/2, 202, 225, 268, 272, 307, 349.

[2]) z. B. §§ 249, 253.

[3]) so Olshausen § 257 Anm. 12; ebenso Liszt a. a. O. § 183III, 1, b

[4]) So Liszt a. a. O. § 183III. 1, b; Frank § 257 V; Allfeld a. a. O. § 135 VIII; A. A. die herrsch. M., welche nur eine auf Unterstützung abzielende Handlung fordert, z. B. RG 50, 364. Mit Frank kann man ihr Verwechslung von Vollendung und Versuch vorwerfen. Eine 3. Ansicht vermittelt: Zur Vollendung des Deliktes ist nötig eine Handlung, die geeignet ist, Unterstützung zu gewähren. So Olshausen § 257 Anm. 7ff; auch RG 36, 76; 46, 74; 20, 233. Trotzdem aber fordert Olshausen (Komm. 6. Aufl. § 257 Anm. 10), daß ein Beistandleisten in concreto vorliegen solle, woraus er selbst aber nicht die endgültige, in unserer Ansicht zum Ausdruck gekommene Folgerung zieht.

jektiven Merkmale bei ihm vorliegen, ist er der Täter; B dagegen ist Gehilfe, er wirkt schuldhaft — vorsätzlich — an der Tat des Täters mit.[1]) Zum selben Ergebnis gelangt auch Flegenheimer,[2]) welcher noch richtig bemerkt, daß, wenn B selbst auch Begünstigerabsicht hätte, A und B Mittäter sind; denn beide nehmen eine Ausführungshandlung vor, beide erfüllen die subjektiven Erfordernisse und rechnen mit einander.[3])

b) Der Arnimsparagraph.

Ein bisher nicht behandelter, eigenartig gelagerter Fall ist der § 353a Abs. 2 letzte Hälfte, nach welchem bestraft wird der mit einer auswärtigen Mission betraute oder bei einer solchen beschäftigte Beamte, wenn er erdichtete oder entstellte Tatsachen in der Absicht, seinen Vorgesetzten irre zu leiten, demselben berichtet. Für uns liegt der Fall derart, daß der Beamte A in der geforderten Absicht den Beamten B veranlaßt, den Vorgesetzten C zu täuschen, B dieses aber nicht in der geforderten Absicht tut, sondern lediglich um dem auswärtigen Amt einen Streich zu spielen. Die Lösung des dolosen Werkzeuges B liegt wieder in der genauen Gesetzesbetrachtung. Die verbrecherische Tätigkeit besteht in einem Berichten, worunter man Mitteilungen in amtlicher Form von besonderer Glaubwürdigkeit versteht. Dieses Mitteilen kann mündlich, aber auch schriftlich geschehen. Im Falle, daß es mündlich geschieht, ist es vollendet, wenn der ausgesprochene Gedanke an den Vorgesetzten gelangt ist. A hat nun den irreführenden Bericht bereits ausgesprochen in einer bestimmten Richtung mit bestimmter Absicht; B leitet diesen weiter, erst das Zusammenwirken führt den Erfolg herbei. Beide verwirklichen einen Teil der Ausführungshandlung; bei A trifft auch die geforderte Absicht zu, er ist

---

[1]) Vgl. Wachenfeld Lehrbuch S. 188.
[2]) a. a. O. S. 60.
[3]) Vgl. oben S. 27/28.

Täter; da sie bei B nicht gegeben ist, kann dieser kein (Mit-) Täter sein; B aber hatte den Vorsatz, er sah den Erfolg, den seine Tat herbeiführte, wenn er auch einen anderen beabsichtigte. Er wirkte vorsätzlich bei der Ausführung der Tat mit, ist also als Gehilfe zu bestrafen.[1])

c) Der betrügerische Bankrott.

Ein typischer Fall des dolosen Werkzeuges ist in § 239 KO gegeben, glaubt doch einer seiner Anhänger, Wuttig[2]), daß sich hier die Notwendigkeit der Lehre vom dolosen Werkzeug zeige. Der im Konkurs befindliche A bittet den B, die Handelsbücher des A zu verbrennen, was dieser tut; beide handeln in der Absicht, die Gläubiger des A zu benachteiligen. Da nun A die Bücher nicht verbrennt, B aber nicht in Konkurs ist, scheinen beide straflos auszugehen; um das zu vermeiden, wird das dolose Werkzeug als letzte Rettung herangezogen — und ist doch überflüssig.

Die Bestimmung des B ist nur straflose Vorbereitung, durch welche der A allerdings eine Kausalkette anregt. Der § 239 KO macht nun aber dem A es als einem Schuldner im Interesse der Gläubiger zur Pflicht, seine Handelsbücher zu bewahren und zu erhalten; durch die Nichtvornahme dieser von der Rechtsordnung erwarteten und zur Pflicht gemachten Tätigkeit erst macht sich A zum Herrn der Kausalkette und gibt ihr die entscheidende Richtung, ist also kausal gesehen der Täter. Aber auch die Schuld ist bei ihm gegeben, was Wuttig ja auch gerade in seinem Beispiel voraussetzt. Durch Unterlassung verletzt A seine Pflicht, bewirkt somit selbst die Vernichtung seiner Bücher. Er also ist Täter, B hingegen Gehilfe.[3])

---

[1]) Dasselbe Resultat ergibt sich, wenn B kein Beamter ist, da ihm dann 1. die Absicht und 2. die Beamteneigenschaft fehlt; doch gehört diese noch besonders qualifizierte Frage nicht hierher.

[2]) a. a. O. S. 51.

[3]) ebenso Flegenheimer a. a. O. S. 65.

d) Die Urkundenfälschung.

In den bisher behandelten Fällen lag der Fehler der Konstruktion eines dolosen Werkzeuges stets in der unrichtigen Gesetzesauslegung; ihre Zahl ließe sich beliebig vergrößern,[1]) wir wollen von den reinen Absichtsdelikten uns nur noch der Urkundenfälschung zuwenden, welche bisher kaum beachtet worden ist. Der Fall liegt folgendermaßen: A bewegt in rechtswidriger Absicht den B, eine Urkunde zu fälschen und a) dem A zu geben, damit dieser sie in Gebrauch setzt, oder b) selbst sie in Gebrauch zu setzen. B tut alles, jedoch nicht in der geforderten Absicht, sondern z. B. in der Absicht, den C zu ärgern, oder um seine Kunstfertigkeit zu erproben. In diesem Falle würde die herrschende Meinung B, das dolose Werkzeug, als Gehilfen zu der von A in mittelbarer Täterschaft begangenen Urkundenfälschung ansehen.

Der Tatbestand des Gesetzes erfordert objektiv Urkundenfälschung verbunden mit dem Gebrauch der falschen Urkunde, subjektiv 1. einen allgemeinen Vorsatz, 2. ein Gebrauchmachen zum Zwecke der Täuschung, 3. rechtswidrige Absicht. Daneben aber hat das Gesetz den bloßen Gebrauch der Urkunde im § 270 im Bewußtsein hiervon zum Zweck einer Täuschung unter Strafe gestellt. Hiermit löst sich Fall a). Darin, daß B die von ihm gefälschte Urkunde an A zurückgibt kann man kein Gebrauchmachen sehen, sodaß also — schon abgesehen davon, daß B nicht zum Zweck einer Täuschung handelt — B nicht Täter sein kann. Für A aber trifft § 270 voll zu, dieser § bringt zum Ausdruck, daß der Gesetzgeber das Gebrauchmachen für besonders strafwürdig gehalten hat, das Fälschen für sich allein aber nicht. A also ist Täter; ob B Gehilfe ist, hängt vom Fall, d. h. von seinem dolus ab; handelte er in der Absicht, den C zu ärgern, war ihm alles bekannt, er besaß Vorsatz, ist

[1]) s. z. B. den von Flegenheimer a. a. O. S. 56 richtig behandelten Fall des § 87 StGB.

also Gehilfe; wollte er nur seine Kunstfertigkeit erproben, kann er mangels Vorsatzes nicht bestraft werden. Anders liegt Fall b. Hier verwirklicht B den gesamten objektiven Tatbestand, während A keinerlei Ausführungshandlungen vornimmt. Fraglich ist der dolus. Als Täter muß er hier in rechtswidriger Absicht fälschen und zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch machen. Rechtswidrig ist die Absicht dann, wenn der Getäuschte unter dem Einfluß der Täuschung ein Verhalten einschlagen soll, das für das Rechtsleben von Bedeutung ist und auf welches der Täuschende keinerlei Recht hatte, d. h. er durfte den erwarteten Erfolg nicht ohne den Gebrauch der falschen Urkunde zu erreichen erwarten.[1]) — Ist B nicht mit der Absicht des A vertraut, gibt die Urkunde aber dem C, um ihn zu ärgern, so muß man unterscheiden: täuscht er ihn, um ihn zu einem nicht rechtserheblichen Verhalten zu veranlassen, hat er keine rechtswidrige Absicht, erreicht aber auch nicht den von A gewollten Erfolg; hat er rechtswidrige Absicht, d. h. beabsichtigt er ein irgendwie rechtserhebliches Verhalten des getäuschten C, so verwirklicht er — wenn vielleicht auch in anderer Weise — den von A gewollten Erfolg; er selbst ist Täter, A Anstifter, während vorher keine strafbare Handlung vorliegt. Wenn B in der ihm bekannten Absicht des A handelt, ist er Täter und A Anstifter, was keiner Ausführung bedarf.

Das Resultat entspricht vollkommen den Erwägungen des Gesetzgebers, die wir oben bez. dieses § dargelegt haben.

Ein Spezialfall der Urkundenfälschung ist das Münzdelikt[2]), es ist demgemäß sehr ähnlich im Gesetz geregelt und kann hier noch kurz mit erörtert werden. Es besteht in

[1]) So auch Wachenfeld Lehrbuch S. 498; RG 56, 114; 47, 199; Frank, besonders gut und kurz: rechtswidrig ist die Absicht, die getäuschte Person durch die Täuschung zu einem rechtserheblichen Verhalten zu veranlassen (§ 267 VI, 3); wenig abweichend die herrsch. M. z. B. Olshausen § 267 A. 46; Liszt a. a. O. § 161 II.

[2]) so Wachenfeld Lehrbuch S. 505.

Falschmünzerei oder Münzfälschung[1]) und erfordert Vorsatz und Absicht, es als echtes zu gebrauchen „oder sonst in Verkehr zu bringen".[2]) Der Fall des dolosen Werkzeuges ist hier ebenso wie oben gelagert: B stellt auf Veranlassung des A falsche Münzen her, die a) der A, b) er selbst in Verkehr bringt. Das Resultat ist entsprechend. Bringt A die Münzen in Verkehr, ist er Täter aus § 147 und B unter den oben erwähnten Voraussetzungen — je nach seinem Dolus — ev. Gehilfe.[3]) Fehlte aber dem B die erforderliche Absicht und brachte er die Münzen in Verkehr z. B. nicht als Geld (bei einem Münzensammler)[4]), so ist niemand strafbar; hatte er die erforderliche Absicht, ist er Täter und A Anstifter.

§ 9.

2. Die qualifizierten Absichtsdelikte.

a) Die echten qualifizierten Absichtsdelikte.

Ein typischer Irrtum der Lehre vom dolosen Werkzeug zeigt sich bei den echten qualifizierten Absichtsdelikten, welche alle gleich zu behandeln sind.[5]) Ein vielerörtertes Beispiel beruht auf RG **3**, 99: A und B veranlassen den C, Quittungen fälschlich anzufertigen und zum Zwecke einer Täuschung zu gebrauchen. C tut dieses mit der außer bei A und B auch bei ihm vorliegenden rechtswidrigen Absicht, aber ohne die nur bei A und B vorliegende qualifizierende Absicht, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Das RG kommt hier zu dem Resultat, A und B als mittelbare Täter der qualifizierten Urkundenfälschung anzusehen und das dolose Werkzeug C, der ohne qualifizierende Absicht eine einfache Urkundenfälschung begangen

[1]) das Merkmal des Ingebrauchsetzens fehlt.

[2]) insofern etwas weiter gefaßt als die Urkundenfälschung.

[3]) anders anscheinend z. T. Flegenheimer a. a. O. S. 59, der unbedingt stets Gehilfeneigenschaft anzunehmen scheint.

[4]) so Frank, bestr. z. B. von Olshausen § 146, 6.

[5]) vgl. Anm. 1 auf S. 36.

hat, lediglich als Gehilfen zu der Tat des A und B. Hier ist die Irrlehre offenbar; denn C erfüllt anerkanntermaßen den subjektiven und objektiven Tatbestand der einfachen Urkundenfälschung, trotzdem aber wird er nicht als Täter bestraft, sondern als Gehilfe zu der von A und B beabsichtigten Tat! Nach dem geltenden Recht herrscht für die Teilnahme das Prinzip der Akzessorietät. A und B aber haben keine einzige Ausführungshandlung bez. § 267 wie § 268 vorgenommen, nur C bez. § 267. Wenn also C Täter ist, können A und B höchstens Teilnehmer sein;[1]) und sie sind es als Anstifter, da sie in C den verbrecherischen Entschluß erzeugt haben, ihm bei der auf seinem freien Willen beruhenden Entschlußfassung geholfen haben.[2])

Unrichtig ist es auch, wenn man auf Umwegen dasselbe Resultat wie das RG zu erreichen sucht, wie z. B. Flegenheimer,[3]) der annimmt, — wider die richtige, herrschende, mit dem Wortlaut des Gesetzes übereinstimmende Lehre — daß Absicht eine persönliche Eigenschaft im Sinne des § 50, und die Bestimmung der Mittelsperson durch den Hintermann eine Form der Anstiftung ist. Hiergegen führt Wachenfeld richtig aus,[4]) daß gerade § 50 StGB die einzige Ausnahme von der Regel sei, daß das Gesetz der Täterschaft auf den Teilnehmer Anwendung finde. Wem das hier objektiv auf der Grundlage des Gesetzes gefundene Resultat nicht genügt, der mag eine Gesetzesänderung bez. § 50 oder bez. der Akzessorietät der Teilnahme erstreben, soll aber nicht dem geltenden Recht etwas Falsches unterschieben.

b) Die unechten qualifizierten Absichtsdelikte.

Nunmehr wenden wir uns den unechten qualifizierten Absichtsdelikten zu. Das praktisch wichtigste Delikt, der Raub,

[1]) ebenso Mittermeier ZStW 21, 257.
[2]) so hier auch Ackermann a. a. O. S. 52, dessen Ansicht im übrigen abzulehnen ist.
[3]) a. a. O. S. 70f.
[4]) ZStW 40, 330f.

ist bereits erörtert. Er ist ein Delikt gegen die Freiheit und gegen das Vermögen, als Vermögensdelikt umfaßt er den vollen Tatbestand des Diebstahls. Hier ist der Fall möglich, daß B den Tatbestand vollständig erfüllt, aber in der Absicht, die Sache nicht sich, sondern einem anderen (dem A, der ihn zur Tat veranlaßt hat) zuzueignen. Die herrschende Lehre würde hier den A als mittelbaren Täter und B als (doloses) Werkzeug ansehen, B also höchstens als Gehilfen strafen.

Aus der Natur dieses unechten qualifizierten Absichtsdeliktes geht hervor, daß abgesehen von der Absichtsverwirklichung bereits in ihm ein anderes Delikt enthalten ist; in der Vorbereitungshandlung für die Absichtsverwirklichung. Diese wird in der Regel auch schon den Tatbestand der Körperverletzung oder der Nötigung enthalten. B also würde als Täter dieser Delikte, A aber als Anstifter hierzu anzusehen sein. Im übrigen ist über die Zueignung dasselbe zu sagen wie bei dem Diebstahl: in der Absicht der Weitergabe liegt eine Verfügungs-, eine Zueignungsabsicht. Indem also B Nötigung usw. und Diebstahl persönlich ausführt, erfüllt er in seiner Person den Tatbestand des durch sie zusammengesetzten Deliktes des Raubes.[1])

Wir können jetzt den Raub noch von einem anderen Gesichtspunkt aus betrachten. Ein Fall möge es erläutern: Auf Bestimmen des A nimmt B dem C unter Anwendung von Gewalt oder Drohung eine Sache fort, aber ohne die Absicht, sich oder einem anderen dieselbe zuzueignen — diese Absicht hat aber A —, sondern z. B. in der Absicht, den C aus persönlicher Feindschaft heraus zu ärgern. Entsprechend kann der Fall auch bei der Erpressung § 253 liegen, wo dann B ebenfalls durch Gewalt oder Drohung den C zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt ohne

[1]) A. A. Flegenheimer a. a. O. S. 54 auf Grund seiner Auffassung der Zueignungsabsicht.

die erforderliche Absicht, welche bei seinem Hintermann A vorliegt. Hier würde B als doloses Werkzeug, demnach A als Täter des Raubes resp. der Erpressung und B als Gehilfe dazu angesehen werden. Tatsächlich aber wird B wie vorher bereits erörtert, den Tatbestand der Drohung, Körperverletzung usw. bereits erfüllt haben, sodaß er insoweit als Täter, A aber als Anstifter in Betracht kommt.

Im übrigen gilt hier wie auch bei allen bisher erörterten Fällen, daß in der Regel die Absicht des sog. dolosen Werkzeuges, das doch vorsätzlich handelt und den Plan seines Hintermannes kennt, auch die erforderliche Deliktsabsicht enthalten wird; möglich ist aber immerhin auch der hier erörterte theoretische Fall.

Hier kommen wir auf der objektiven Grundlage des Gesetzes dazu, daß bei Mangel der Absicht B aus § 249 resp. § 253 nicht belangt werden kann, A aber mangels einer Ausführungshandlung kein Täter sein kann; demnach die §§ 249 resp. 253 nicht angewendet werden können. Daß diese Straflosigkeit gerechtfertigt ist, ergibt die Geschichte des § 253. Im allgemeinen schlossen sich die §§ des RStGB, sowie des StGB des Norddeutschen Bundes eng an die des preußischen StGB an. Unter anderen wich aber auch § 253 RStGB erheblich ab, indem er nicht wie das preußische Gesetz, einen rechtswidrigen Vorteil an sich verlangte,[1]) sondern einen rechtswidrigen Vermögensvorteil. Darin kommt unzweideutig zum Ausdruck, daß der Gesetzgeber gerade hier die auf Erreichung eines Vorteils anderer Art gerichtete Absicht nicht für ausreichend hielt.[2])

---

[1]) § 234 des preuß. StGB.

[2]) nach Frank, Vergl. Darst. B. T. 6, 1ff.

III. Kapitel.

Das Ergebnis und die Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch.

§ 10. Ergebnis.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung haben wir gefunden, daß die mittelbare Täterschaft eine Form der Täterschaft, nicht ein besonderes Institut mit besonderen Merkmalen ist, und daß es ein dolоses Werkzeug nicht gibt. Dieses Resultat prüften wir im einzelnen an Hand der Absichtsdelikte. Die mittelbare Täterschaft erwies sich auch hier als eine Form der Täterschaft ohne besondere Merkmale. Insbesondere stellten wir fest, daß die Konstruktion eines dolosen Werkzeuges bei den Absichtsdelikten — wie vielfach behauptet wird — nicht nur verfehlt, sondern auch überflüssig ist. Durch richtige Auslegung des Gesetzes bei den verschiedensten Absichtsdelikten hat sich dieses Ergebnis als durchaus brauchbar erwiesen; insbesondere hat sich kein Grund als stichhaltig ergeben, der geeignet wäre, den von uns entwickelten Standpunkt zu widerlegen.

De lege ferenda können wir also vorschlagen, daß im ganzen genommen das bisherige Recht, soweit es Gegenstand dieser Abhandlung war, aufrecht erhalten wird; es hat mit der akzessorischen Natur der Teilnahme das richtige getroffen; allerdings wäre in einem neuen Gesetzbuch die Mittäterschaft als Form der Täterschaft anzusehen.[1]) Auch Birkmeyer fordert,[2]) daß die Mittäterschaft von der Teilnahme, unter deren Arten sie im RStGB an erster Stelle figuriere, loszulösen und zur Täterschaft zu schlagen sei.

Eine Definition der Täterschaft oder gar der mittelbaren Täterschaft — was doch dasselbe ist — erübrigt sich; sie

---

[1]) wie es auch im AE geschieht, vgl. S. 49/50. (Siehe auch Anm. 1 auf S. 48.)

[2]) Vergl. Darst. A. T. 2, 145, vgl. auch Birkmeyer, Beitrag zur Kritik des VE S. 31f.

wird sich stets aus der mit Sorgfalt zu wählenden Fassung der Anstiftung ergeben.

§ 11.

Ausblick de lege ferenda.

In welcher Form ist nun bisher das Schicksal der Täterschaft für die Zukunft bestimmt?

Der Vorentwurf von 1909 (VE) hat die von uns für erstrebenswert erachtete Regelung dem Wortlaut nach aufgenommen. Er trifft keine Bestimmung über den Täter, sondern nur über Anstifter und Gehilfen (§§ 78, 79), denn „da sich hinsichtlich des Täters Begriff und Strafbarkeit aus den einzelnen Strafbestimmungen ergibt, bedarf es über ihn keiner weiteren Vorschriften im Allgemeinen Teil. Sie sind fast überall auch bezüglich der Fälle für überflüssig gehalten worden, in denen der Täter den Tatbestand nach der Tatseite nicht selbst verwirklicht,[1]) sondern sich hierzu eines Unzurechnungsfähigen oder sonst der Schuld Ermangelnden bedient. Denn hier wird nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen der der Verantwortung für sein Tun entbehrende sogenannte unmittelbare Täter einem Werkzeug des ihn nach seinem verbrecherischen Willen lenkenden und bestimmenden sogenannten mittelbaren Täters gleich geachtet; die von jenem vorgenommene äußere Tätigkeit ist rechtlich die Handlung dieses, der mittelbare Täter ist Alleintäter.“[2]) Im Widerspruch zum Wortlaut und zur Begründung des VE behauptet Mayer,[3]) daß mit dem neuen Begriff der Anstiftung im VE der Begriff der mittelbaren Täterschaft kein Anwendungsgebiet mehr habe. „In allen Fällen, in denen diese Konstruktion nach geltendem Recht eingreift, wird künftig Anstiftung (oder Beihilfe) anzunehmen sein, da die Bestrafung der Teilnahme nur noch von der Existenz einer

[1]) vgl. § 2 der Arbeit.
[2]) Begründung zum VE 7. Abschnitt.
[3]) Versuch und Teilnahme, S. 368.

tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Haupthandlung abhängig sein wird". Diese Auffassung ist verfehlt. Abgesehen davon, daß sie (bewußt) im Widerspruch zur zitierten Begründung steht, ergibt der Wortlaut des § 78 VE, daß die Haupttat bei der Anstiftung nicht nur eine „tatbestandsmäßige" sondern eine strafbare sein muß. Der Vorentwurf sieht also wohlbegründet[1]) von einer Definition der Täterschaft ab, unter die er mit Recht auch die mittelbare Täterschaft zählt. Dieses erfreuliche Resultat ergibt sich aber nur, wenn man den Teilnahmeabschnitt des VE an sich betrachtet. Von Einfluß ist aber, daß der VE keinen Unterschied mehr zwischen Schuld- und Strafausschließungsgründen kennt. Die Begründung S. 311 erklärt, „daß die Neuregelung an sich die Möglichkeit eröffnet, daß Anstiftung eines im strafausschließenden Irrtum Handelnden strafbar wird. Dies erscheint aber auch vollkommen gerechtfertigt, wenn der Anstifter nicht weiß, daß der Angestiftete im Irrtum handelt. Weiß er es aber, . . . so wird von Anstiftung nicht die Rede sein können, weil der scheinbar Anstiftende, der in dem Irrenden dann nur ein Werkzeug sehen kann, mit dem Täterwillen handelt. Er selbst will die Tat durch einen anderen vollbringen." Hiermit aber wird die ganze Unterscheidung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung in die Willensrichtung des Bestimmenden, in ein rein subjektives Moment verlegt. Das aber widerspricht der Natur der mittelbaren Täterschaft wie auch der Anstiftung und muß abgelehnt werden.[2]) Demnach ergibt sich, daß der VE den Wortlaut an sich betrachtet zwar richtig getroffen hat, daß aber das System, wie er es aufstellt, für ein neues StGB abzulehnen ist.

---

[1]) Entgegengesetzter Ansicht Binding, der die Formulierung auf Grund seiner Anschauung des Urhebertypus verwirft und genaue Täterdefinition fordert. GS **76**; 89.

[2]) so auch Petri a. a. O. S. 63 f.

Richtig betont der VE auch, — das mag noch hervorgehoben werden, — daß, wenn man davon ausgeht, daß unter Tat die Herbeiführung eines verbrecherischen Erfolges verstanden wird, die Einheit der Tat auch bestehen bleibt, wenn zu seiner Herbeiführung mehrere ihren Willen und ihre Tätigkeit vereinigen. Es könne also nicht davon gesprochen werden, daß der Mittäter sich an fremder Tat beteilige.[1]) „Die Tat, die er gemeinschaftlich mit anderen Tätern ausführt, ist vielmehr immer seine eigene, wenn sie zugleich auch von den Mittätern als die ihrige gewollt wird."[2])

Zusammenfassend können wir die vom VE getroffene Regelung dem Wortlaut nach anerkennen.

Umsomehr ist der GE abzulehnen. Er unterscheidet den unmittelbaren und den mittelbaren Täter; von einer Definition des unmittelbaren Täters sieht er ab, den mittelbaren glaubt er definieren zu müssen. Die Begründung aber zeigt den Fehler in dem unrichtigen Ausgangspunkt aller der, die an diesem GE mitgearbeitet haben, indem sie vom Unterschied zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft ausgehen. Wir haben eine derartige Auffassung oben S. 12ff abgelehnt.[3]) Endlich aber sprachen wir uns überhaupt gegen jede Definition aus, da ja dadurch nicht nur nichts gewonnen wird, sondern sogar insofern eine Unklarheit geschaffen wird, als der Gesetzgeber den mittelbaren Täter als etwas anderes anzusehen scheint als den Täter an sich.

[1]) So schon für das heutige Recht eine große Zahl Schriftsteller, z. B. Frank (Mittäterschaft ist nur eine Form der Täterschaft); ebenso Wachenfeld, Lehrbuch §§ 51 ff; Liszt a. a. O. § 49 III, 2; M. E. Mayer Allgem. Teil S. 380; allerdings im Widerspruch zur Auffassung und zum Wortlaut des Gesetzes, denn „es unterliegt nicht dem mindesten Zweifel, daß die Mittäterschaft (§ 47) unter die „Teilnahme" begriffen ist" (so RG Rechtspr. 4, 238), ebenso Allfeld a. a. O. S. 204 Anm. 3.

[2]) Begründung zum VE S. 303.

[3]) Daher ist auch abzulehnen die Ansicht Kohlers (Archiv 1909, 292). der **de lege ferenda** erstrebt, daß die mittelbare Täterschaft unter die Anstiftung gerechnet werden müsse, daß man „den unnatürlichen Unterschied zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft" aufgeben müsse.

Was die Formulierung der Definition der mittelbaren Täterschaft anbelangt, hat der KE die Frage etwas besser gelöst. Er definiert ausführlich in § 33:

„Täter ist, wer eine strafbare Handlung selbst begeht."

„Mittelbarer Täter ist, wer vorsätzlich veranlaßt, daß die Tat durch einen anderen zur Ausführung gelangt, der nicht selbst die strafbare Handlung mit dem zum Tatbestand erforderlichen Vorsatz begeht oder der wegen fehlender Zurechnungsfähigkeit, wegen jugendlichen Alters oder wegen Taubstummheit nicht schuldhaft handelt".

Eng hieran schließt sich der E 19 im § 26 an. Seine Begründung hebt richtig hervor, „daß es für die Verantwortlichkeit keinen Unterschied machen kann, ob sich jemand einer Sache oder eines Menschen als Werkzeug bedient, um eine Straftat zu begehen", glaubt aber fälschlicherweise, daß er eine Forderung des natürlichen Rechtsgefühls erfülle, wenn er den durch Theorie und Praxis ausgebildeten Begriff der mittelbaren Täterschaft gesetzlich anerkenne.[1]) Das aber war von uns abgelehnt.[2]) Und es zeigt sich auch hier, daß eine Definition der mittelbaren Täterschaft stets Mängel mit sich bringt. Mit Recht weist Wachenfeld darauf hin,[3]) daß in der Definition der typische Fall der Benutzung eines durch Gewalt zum Werkzeug gemachten Menschen fehle, der also, wenn man schon eine Definition des mittelbaren Täters gebe, in dieser enthalten sein müsse.[4])

Wiederum hiervon abweichend ist der AE. Er gibt — mit Recht[5]) — keine Definition der Täterschaft, sondern

---

[1]) Begr. S. 43.

[2]) Lenz, der deutsche Strafgesetzentwurf, S. 68, der selbst die mittelbare Täterschaft definiert, meint immerhin, daß eine derartige Vorschrift nicht unbedingt erforderlich sei.

[3]) Archiv für Rechtsphilosophie 15, 85.

[4]) Derselbe Mangel bestand auch schon bei § 33 des KE.

[5]) so auch Wachenfeld in Archiv 69, 305.

behandelt unter dem 4. Abschnitt nur die Teilnahme, als deren Formen er, wie wir, die Anstiftung und die Beihilfe kennt. Täter ist, wer eine strafbare Handlung ausführt; das geht deutlich aus § 25 hervor, der denjenigen als Anstifter bestraft, welcher vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine strafbare Handlung ausführt, daß also ein anderer Täter sei. Wir haben nun dargelegt, daß es für das Strafrecht gleichgültig ist, ob jemand eine Handlung durch eine Sache oder einen unzurechnungsfähigen Menschen als Werkzeug ausführt, und daß der VE, der KE und der E 19 derselben Ansicht sind, müssen also aus der Fassung des AE folgern, daß unter die allgemein aus § 25 AE hervorgehende Definition der Täterschaft auch der Begriff der sog. mittelbaren Täterschaft fällt.[1]) Trotz dieser Erwägungen wird mehrfach behauptet, daß die neue Definition der Anstiftung auch die mittelbare Täterschaft mit umfasse, insbesondere im Hinblick auf den neu eingefügten § 27 AE. So behauptet Bumke,[2]) daß die mittelbare Täterschaft in der Anstiftung eingeschlossen sei; ihm schließt sich Wach an,[3]) ohne daß aber beide eine stichhaltige Begründung für ihre Ansicht geben. Auch Seidlmayer glaubt nach dem Wortlaut des amtlichen Entwurfs annehmen zu müssen,[4]) daß lediglich der objektive Bestand einer strafbaren Handlung für die Anstiftung genüge und führt aus, daß ein Geisteskranker nicht in natürlichem und strafrechtlichem Sinne als Teilnehmer bezeichnet werden könne, es fehle „dem Anstifter in Wirklichkeit an einem Teilnahmegenossen (soll wohl heißen Haupt täter), der diesbezügliche Sprachgebrauch (s. auch Überschrift

[1]) so auch Wachenfeld a. a. O. S 305

[2]) DJZ 1925, 24.

[3]) DJZ 1925, 536.

[4]) a. a. O. S. 222.

des 4. Abschnitts) ist also sinnwidrig." Und doch ergibt die richtige Auslegung des Wortlautes etwas anderes und durchaus sinnreiches.[1])

Wachenfeld sagt mit Recht,[2]) daß der, der sich eines Menschen, eines Schuldunfähigen als Werkzeug bedient, Täter und nicht Anstifter sei, daß die Regel von der mittelbaren Täterschaft durch die Vorschrift des § 27 in keiner Weise berührt werde. Ist der „Angestiftete" unzurechnungsfähig, so bildet er das Werkzeug in der Hand des „Anstifters", ist er wider Erwarten zurechnungsfähig, so bleibt der, der Täter sein wollte, Anstifter; denn der Kausalzusammenhang ist unterbrochen.

Abzulehnen ist darum die Auffassung des § 33 Abs. 4 KE und die dazu gehörige Begründung, in der Ebermayer darlegt,[3]) „daß der mittelbare Täter auch dann strafbar bleibt, wenn er irrtümlich annahm, der andere handele nicht vorsätzlich oder nicht schuldhaft, sich nachträglich aber ergibt, daß dieser die strafbare Handlung vorsätzlich begangen und schuldhaft gehandelt hat", denn gerade in diesem Fall wird der Kausalzusammenhang unterbrochen, ist also mittelbare Täterschaft ausgeschlossen. Trotz des Tätervorsatzes ist er Anstifter, denn in dem Tätervorsatz ist der Teilnehmervorsatz enthalten.

Der § 27 AE will nun den Fall klären, daß jemand einen seiner Ansicht nach Schuldfähigen zur Tat zu bestim-

[1]) Es ist allerdings zuzugeben, daß die Begründung des 4. Abschnits zu Zweifeln Anlaß gibt und von der modernen Auffassung beeinflußt zu sein scheint, welche **de lege ferenda** Anstiftung und mittelbare Täterschaft in einander übergehen lassen will (z. B. Traeger in JW 1925, 976f und Mayer in Versuch und Teilnahme S. 368.) Insofern ist die Aeußerung Beling's (GS 1925, 355) auch hier berechtigt: „Der Entwurf will offenbar allen Herren dienen". Wenn man aber Wert auf das Gesetz legt, wie es einmal vorliegt, und von den Mängeln der Begründung absieht, kommt man zu der im folgenden dargelegten Ansicht Wachenfeld's.

[2]) a. a. O. 306.

[3]) in „Der Entwurf usw." S. 23, ebenso in „Die Strafrechtsreform" S. 23.

men sucht, der sich nachher als schuldunfähig erweist, er will m. a. W. den Zweifel, der dadurch entsteht, daß diesem Bestimmenden nun der Tätervorsatz fehlt, derart lösen, daß er als Anstifter behandelt werden soll. Diese Deutung des § 27 ist die richtige, sie beseitigt eine Lücke des geltenden Rechts, die zu manchen Zweifeln Anlaß bot.

Es mag hier noch erwähnt werden, daß der AE die Akzessorietät der Anstiftung und Beihilfe aufrecht erhalten hat und nur diese beiden Formen der Teilnahme kennt. Er läßt die Bestimmungen des geltenden Rechts über die Teilnahme bestehen und trifft eine Neuregelung nur bezüglich der Strafhöhe der Teilnahme.[1]) Die Mittäterschaft wird überhaupt nicht besonders geregelt, was auch Lobe für richtig hält.[2])

Mit Recht sagt die Begründung, „er (sc. der Mittäter) ist Täter, weil er die strafbare Handlung „ausführt", sei es auch gemeinschaftlich mit anderen. Das ist so selbstverständlich, daß es nicht gesagt zu werden braucht".

Daß der Mittäter kein Teilnehmer ist, hat seinen Ausdruck im § 28 AE gefunden, was der Gegensatz in der Formulierung des entsprechenden § 50 StGB zeigt.[3])

Wir gelangen zusammenfassend zu dem Ergebnis, daß die Art der Regelung der Täterschaft und Teilnahme im AE von uns gebilligt werden kann. Wir wollen wünschen, daß im Interesse der Allgemeinheit und zum Zwecke der Rechtsangleichung zwischen Deutschland und Österreich der Entwurf nach den im übrigen vielleicht erforderlichen Änderungen bald zum Gesetz erhoben werden möge.

---

[1]) Die Akzessorietät nach geltendem Recht ist anerkannt: (Büll a. a. O. S. 34 und die dort zitierten, auch Löwenheim a. a. O. S. 10), der Wortlaut der §§ 25, 26 AE ist bez. der Akzessorietät derselbe, bei der Beihilfe sogar noch schärfer, indem auch hier eine „strafbare Handlung" vorliegen muß.

[2]) JW 1925 S. 883.

[3]) § 28 Abs. 2 AE: „für den Täter, Anstifter oder Gehilfen", § 50 StGB: „dem Täter oder demjenigen Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, Gehilfen)".